

Nº 16
Cuarto trimestre 2018

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

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

Número 16. Diciembre 2018

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

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia Primera

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

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

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

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

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

D. Roberto Mayor Gómez

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

D. Jaime Pintos Santiago

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

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

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

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



D. José Antonio Moreno Molina

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

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

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

D^a. Concepción Campos Acuña

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

D. Jordi Gimeno Bevia

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

D. Jorge Fondevila Antolín

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

D. David Larios Risco

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

SUMARIO

EDITORIAL

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

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LOS MEDIOS PERSONALES DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS Y LAS POSIBILIDADES DE VALORACIÓN DE LOS MISMOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE LICITACIÓN.

D ^a Aitana P. Domingo Gracia	15
---	----

EL CASO ESCOCÉS Y LAS CONSECUENCIAS DE UNA EVENTUAL INDEPENDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA: ¿LECCIONES PARA CATALUÑA?

D. Diego Montes Noblejas	59
--------------------------------	----

INTEGRACIÓN DE MEDIOS EXTERNOS: EVOLUCIÓN Y REQUISITOS. DIFERENCIAS CON LA SUBCONTRATACIÓN. PRÁCTICAS COLUSORIAS.

D ^a Victoria Eugenia Morín Luna	123
--	-----

SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR JAIME PINTOS SANTIAGO

PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA NUEVA LEY 1882 DE 2018 (COLOMBIA) Y ESPECIAL REFERENCIA COMPARATIVA CON LA LEY 9 DE 2017 (ESPAÑA).

D. Hans Leonardo Neira Gaitán	149
-------------------------------------	-----



COMENTARIO DE LEGISLACIÓN

PRINCIPALES NOVEDADES DE LA LEY ORGÁNICA 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES.

D. Roberto Mayor Gómez 201

RECENSIONES

“LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL LITORAL COSTERO EN ESTADOS UNIDOS”. Autor: D. Antonio Villanueva Cuevas. Ed. Alfonsópolis, Cuenca, 2006.

D. Jesús Punzón Moraleda 247

“EL TURISMO COMO ÁMBITO DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA”. Autor: Antonio Villanueva Cuevas. Ed. Alfonsópolis, Cuenca, 2012.

D. Javier Miranzo Díaz 255

BASES DE PUBLICACIÓN265

EDITORIAL

Se conmemoran los 40 años de la Constitución Española y desde la revista Gabilex queremos sumarnos de forma sentida a su merecido homenaje.

El reconocimiento de nuestra Constitución debe ir acompañado y ser inherente al de la Transición, por ser aquella su principal fruto. Nos encontramos en tiempos turbulentos en los que desde algunos sectores se intenta deslegitimar tanto la Transición como la propia Constitución Española, obviando que la Constitución Española está asentada en fundamentos y derechos universales, en valores europeos por lo que deslegitimar la Transición y la C.E. es ir contra dichos principios.

Hay que tener en cuenta y ser conscientes que casi todos los procesos constituyentes han implicado cambios políticos radicales, a menudo revolucionarios y en la mayor parte de las ocasiones violentos. El pasar de un régimen dictatorial a un estado democrático sin un desarrollo violento, y sacar adelante un texto constitucional desde puntos de vistas antagónicos y radicales es sin duda un éxito de la sociedad española de la época, y ese debe ser el camino o el espejo para afrontar, en su caso, una reforma de la Constitución que debiera contar con un amplio consenso en la voluntad de iniciar y culminar la reforma.

Actualmente se plantea desde diversos ámbitos la posibilidad de reforma de nuestra Constitución para lo



que resulta necesario la consecución de un amplio consenso en el arco parlamentario siendo ello no solo una exigencia formal que exige la propia Constitución, sino en aras de obtener la mayor legitimación posible de la reforma que se lleve a cabo en aras de su mayor perdurabilidad.

El pensar ¿cómo, por qué y para qué? es fundamental y no pensar en el ¿para quién?. Dicho lo anterior, sí que parece que resulta necesario acometer la reforma de la C.E como ya han hecho otros países de nuestro entorno. El ser norma superior o suprema de un ordenamiento jurídico no le debe eximir de la necesidad de adaptación o reforma si el contexto y/o las circunstancias sociales, económicas o jurídicas así lo requieren. Han transcurrido 40 años y la C.E no ha sido reformada salvo en supuesto puntuales (1992 y 2011), y parece coherente y necesario adaptarse a los cambios de la realidad social y política legitimándose con ello ante las nuevas generaciones. El problema que se puede generar de no afrontar la reforma de la C.E a tiempo es petrificar y desactualizar la C.E y que acaben “reventándose las costuras”, a través de una revolución o proceso constituyente.

Son muchas y diversas las propuestas que se han planteado para reformar la Constitución, y desde Gabilex planteamos para su debate, entre otras, las siguientes:

1ª) *Reforma del modelo de organización territorial.* La delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas ha sido fuente de una gran conflictividad resuelta por el Tribunal Constitucional, por lo que resultaría necesario la clarificación de las competencias exclusivas del Estado y dejar las restantes a las comunidades autónomas, sin perjuicio

de algunas cláusulas generales como la prevalencia; 2^a) *Incorporación en la Constitución Española de una cláusula europea de reconocimiento constitucional de la pertenencia a la Unión Europea;* 3^a) *Búsqueda de fórmulas de mayor conexión con la ciudadanía para mejorar de forma real y efectiva la participación en los asuntos públicos;* 4^a) *Vertebrar mayor participación de las comunidades autónomas en las decisiones e instituciones del estado;* 5^a) *Incorporación de nuevos derechos fundamentales.* Se puede estudiar y analizar el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales en nuestra Constitución como el: derecho a la salud, derecho de acceso a la información pública, derecho a la protección de datos y derecho a la transparencia; 6^a) No discriminación en el acceso a la Jefatura del Estado, eliminando la preferencia del varón sobre la mujer (artículo 57.1 CE), con equiparación terminológica de las referencias al rey y al Príncipe, a la Reina o a las Princesa; 7^a) Fomentar en todos los ámbitos educativos el conocimiento de la Constitución Española y particularmente del marco jurídico y social que nos ha permitido y nos permite vivir en sociedad de forma pacífica y democrática.

En definitiva, se trata de una serie de propuestas abiertas cuyo objetivo sería apuntalar y cimentar nuestro texto constitucional adaptándolo a la actual realidad social, sin perder nunca de vista que la Constitución nos ha dado a la sociedad española el periodo de mayor paz y prosperidad de nuestra historia.

Felicidades, gracias y que cumplas muchos más!

EL CONSEJO DE REDACCIÓN

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

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

**“LOS MEDIOS PERSONALES DE LOS
OPERADORES ECONÓMICOS Y LAS
POSIBILIDADES DE VALORACIÓN DE
LOS MISMOS EN LOS
PROCEDIMIENTOS DE LICITACIÓN.”**

“HUMAN RESOURCES (STAFF) OF ECONOMIC
OPERATORS AND THE OPTIONS ESTABLISHED
WITHIN PUBLIC TENDERING PROCEDURES TO
EVALUATE THEM”

Aitana P. Domingo Gracia

Abogada. Departamento Legal de everis (España)

Resumen: Los operadores económicos vienen encontrándose en los procedimientos de licitación numerosas referencias a la valoración de los medios personales de los que, en caso de ser adjudicatarios, dispondrán para la ejecución de los contratos (e.g. condiciones de solvencia de los licitadores y criterios de adjudicación de los procedimientos de licitación). Aparecen, asimismo, dentro de dichas posibilidades de valoración los llamados compromisos de adscripción de medios personales, respecto de los cuales para los operadores económicos se plantean diariamente dos dudas principales; la calificación como confidencial de su contenido y la posible colisión con la legislación



laboral en el caso de acreditarlos a través de medios externos.

El presente artículo pretende analizar la normativa anterior, sobre la que se basa la doctrina y jurisprudencia más reciente e importante, y la nueva normativa tras la entrada en vigor de las Directivas de contratos públicos de cuarta generación. Y todo ello se ha planteado desde la perspectiva del licitador, un tanto olvidado en este tipo de análisis y para el que éste es un importante punto a considerar en su actividad empresarial diaria. Quizá, de esa manera, se pueda ayudar a los licitadores a comprender la entidad de la valoración de los medios humanos de los que disponen y la importancia de cumplir y observar lo establecido normativamente al efecto.

Palabras clave: Medios personales, solvencia, adjudicación, compromiso de adscripción, confidencialidad, medios externos, cesión ilegal de trabajadores.

Abstract: Within public tendering procedures, economic operators are given many references by which they can evaluate human resources (staff) which they will have at their disposal after being awarded public contracts (e.g. standing conditions and award criteria). In addition, the so-called commitment to dedicate personal means is also stated at public tendering procedures. Economic operators in this respect face two main issues on a daily basis; the qualification of such commitment as confidential and the potential conflict with labour legislation in the case of relying on the capacities of other entities.

This paper intends to analyse the earlier legislation on which the most recent and important doctrines and

case-laws are founded, and the current legislation which comes into force due to the fourth generation of public procurement Directives. This paper has been formulated from the bidder's perspective, the forgotten party in this kind of analysis and for whom this is a main aspect to be considered in his daily business activity. It is hoped that this paper will help tenderers understand the importance of not only evaluating their human resources (staff) but also fulfilling their legal obligations.

Key words: Staff, standing, award criteria, commitment to dedicate, confidentiality, other entities, illegal transfer of workers.

Sumario: I. LAS POSIBILIDADES DE VALORACIÓN DE LOS MEDIOS PERSONALES EN EL TRLCSP Y LA LCSP.-
1. LA VALORACIÓN DE LOS MEDIOS PERSONALES COMO CRITERIO DE SOLVENCIA Y DE ADJUDICACIÓN.-
A) Regulación normativa.- B) El pronunciamiento de la JCCA. La Sentencia Beentjes.- 2. LA DOCTRINA Y LAS SENTENCIAS *LIANAKIS* Y *AMBISIG*. LA VALORACIÓN DEL PERSONAL COMO CRITERIO DE ADJUDICACIÓN.-
II. EL COMPROMISO DE ADSCRIPCIÓN DE MEDIOS PERSONALES.- 1. REGULACIÓN NORMATIVA.- 2. ESTABLECIMIENTO COMO CONDICIÓN ESENCIAL DE CUMPLIMIENTO. LA EFECTIVA DISPOSICIÓN DE LOS MEDIOS PERSONALES.- 3. CONFIDENCIALIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS RESPECTO DEL COMPROMISO DE ADSCRIPCIÓN DE MEDIOS.- III. LA ACREDITACIÓN DE LA DISPOSICIÓN DE MEDIOS PERSONALES A TRAVÉS DE MEDIOS EXTERNOS.- 1. POSIBILIDAD DE ACREDITACIÓN A TRAVÉS DE MEDIOS EXTERNOS.- 2. COLISIÓN CON LA LEGISLACIÓN LABORAL: LOS INDICIOS DE CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES.- IV. CONCLUSIONES.- V. BIBLIOGRAFÍA.



I. LAS POSIBILIDADES DE VALORACIÓN DE LOS MEDIOS PERSONALES EN EL TRLCSP Y LA LCSP

1. LA VALORACIÓN DE LOS MEDIOS PERSONALES COMO CRITERIO DE SOLVENCIA Y DE ADJUDICACIÓN.

A) Regulación normativa.

En este artículo vamos a proceder a comparar, en primer lugar, la regulación de los medios personales de los licitadores en el TRLCSP¹ y en la LCSP².

Así, el TRLCSP ya regulaba dentro de los criterios de solvencia técnica o profesional, en los contratos de obras, suministros y servicios, la indicación del personal que los licitadores iban a adscribir a la prestación de los servicios³. Además, en los contratos de obras y servicios, se regulaban como criterio de concreción de la solvencia, los títulos académicos y profesionales de cierto personal⁴.

Durante la tramitación parlamentaria de la nueva LCSP por transposición de la DCP⁵, el articulado del TRLCSP fue objeto de numerosas enmiendas. Tras las mismas, en la nueva regulación de la solvencia en la LCSP⁶ se

¹ Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

² 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.

³ arts. 76, 77 Y 78 TRLCSP.

⁴ arts. 76 y 78 TRLCSP.

⁵ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

⁶ arts. 88 y 90 LCSP.

ha añadido un ligero matiz con respecto al TRLCSP y es que, ahora, se puede acreditar la solvencia en los contratos de obras y servicios mediante la acreditación de los títulos académicos y profesionales de los técnicos encargados directamente de la ejecución del contrato, eso sí, con el matiz de que podrá realizarse *“siempre que no se evalúen como un criterio de adjudicación”*. Dicho matiz parece devenir del debate jurisprudencial que ha habido en los últimos años sobre la posibilidad de calificación del personal de los licitadores como criterio de solvencia o criterio de adjudicación y al que se hará referencia a continuación.

La posibilidad mencionada de acreditar la solvencia mediante la acreditación de los títulos de los técnicos encargados de la ejecución del contrato puede entenderse transpuesta directamente del Anexo XII de la DCP, que indica como medio válido de prueba del criterio de selección de capacidad técnica y que, por tanto, se podrá utilizar como medio para acreditar la capacidad técnica de los operadores económicos, la *“indicación del personal técnico u organismos técnicos, ya estén integrados o no en la empresa del operador económico, y especialmente los responsables del control de la calidad y, cuando se trate de contratos públicos de obras, aquellos de los que disponga el contratista para la ejecución de la obra”*.

Volviendo al matiz señalado, es importante tener en cuenta que respecto de los criterios de adjudicación, el TRLCSP⁷ indicaba que el licitador cuya oferta hubiera sido seleccionada como la económicamente más ventajosa debía acreditar, entre otros, que disponía efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del

⁷ art. 151 TRLCSP.



contrato conforme al art. 64.2. De hecho, de no poder acreditar dicho compromiso de adscripción de medios, se entendería que el licitador había retirado su oferta. En este sentido, la LCSP ha incluido, también, varios matices a dicho texto⁸.

Es reseñable indicar, adicionalmente, que en la nueva normativa ya no existe el concepto de oferta económicamente más ventajosa sino que se habla de oferta con mejor relación calidad-precio, la cual se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos. Y es dentro de estos últimos, los criterios cualitativos, donde aparece regulado el apartado de organización, cualificación y experiencia del personal adscrito a la ejecución del contrato y que, por tanto, vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución.

Es cierto que la LCSP⁹ establece, como ya hacía de manera similar el TRLCSP, que el licitador con la oferta con mejor relación calidad-precio deberá acreditar la disposición efectiva de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al art. 76.2 pero, adicionalmente, en esta nueva normativa, además de entenderse que el licitador que no lo acredite ha retirado su oferta, se procederá a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectiva en primer lugar contra la garantía provisional, si la misma se hubiera constituido.

⁸ art. 145 LCSP.

⁹ art. 150 LCSP.

Todo ello tiene su origen en la transposición de la DCP que, según se indicaba en su Considerando 94, incluyó como criterio de adjudicación en su art. 67, la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pudiera afectar de manera significativa a la ejecución del contrato.

En ese sentido, se desprende de la norma que los poderes adjudicadores pueden catalogar indistintamente como criterios de concreción de las condiciones de solvencia o como criterios de adjudicación, los medios personales de los que disponga, para la ejecución del contrato, el adjudicatario del procedimiento de licitación; y, sobre todo, la organización, cualificación y experiencia de dicho personal. Y precisamente, como se indicaba anteriormente, dicha utilización como criterio de solvencia o adjudicación ha sido objeto del principal debate que se ha creado respecto de la valoración de los medios personales de los que disponen los licitadores.

Así lo afirmaba GRIS GONZÁLEZ, J.C.¹⁰ al decir que *“la jurisprudencia y la doctrina han dedicado gran parte de sus esfuerzos a circunscribir la posibilidad con carácter general de considerar la experiencia en la fase de selección de los licitadores, y han venido recordando tanto la distinción que debe hacerse entre requisitos de solvencia o selección y criterios de adjudicación como*

¹⁰ GRIS GONZÁLEZ, J.C., “La experiencia, los medios humanos y la calidad en los contratos del sector público: ¿criterios de selección de los licitadores o criterios de valoración de las ofertas?”, en AAVV, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 40, *Derecho Administrativo* (Septiembre 2016), ISSN: 2254-3805, pág. 112.



su ubicación en dos momentos temporales distintos del proceso licitatorio”.

Es importante tener en cuenta para entender la perspectiva de este artículo que, como indicaba VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.¹¹, en la mayoría de procedimientos de adjudicación, a excepción de en los procedimientos restringido y con negociación¹², *“desde el momento en que termina el plazo de presentación de ofertas hasta que se elige la ganadora, tienen lugar dos momentos principales. De una parte, se comprueba que todos los aspirantes cumplen con los requisitos de participación que se hubiesen exigido para tomar parte en el proceso. De otra, la aplicación de los criterios de adjudicación que se hubiesen establecido para identificar la propuesta ganadora”.*

B) El pronunciamiento de la JCCAE¹³. La Sentencia Beentjes.

Respecto al debate enunciado, es importante destacar la distinción que ha realizado la JCCAE (actualmente denominada JCCPE¹⁴ según la LCSP) entre la fase de valoración de la solvencia de los licitadores y la de los criterios de adjudicación, en relación con la posibilidad

¹¹ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “Valoración de la «experiencia» en el marco de los criterios de adjudicación de los contratos públicos (1), *Contratación Administrativa Práctica*, Núm. 131, Sección Reflexiones, (Mayo-Junio 2014), Editorial Wolters Kluwer, LA LEY, pág.1.

¹² Hasta la entrada en vigor de la LCSP se denominaron procedimientos negociados.

¹³ Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

¹⁴ Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

de valorar los medios personales de los licitadores. Esta Junta Consultiva, entre otras funciones de las que se establecen en el art. 328.3 LCSP, es el punto de referencia para la cooperación con la Comisión Europea en lo que se refiere a la aplicación de la legislación relativa a la contratación pública y coordina el cumplimiento de las obligaciones de información que imponen las Directivas de Contratación.

En su Informe núm. 53/1997 de 2 de marzo 1998 indicaba la Junta que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas¹⁵, siguiendo fielmente el criterio de las Directivas comunitarias, distinguía entre los requisitos de solvencia que debían reunir los empresarios para concurrir a contratos convocados por la Administración y los criterios que para la adjudicación de los contratos debían utilizar los órganos de contratación. Dicha diferenciación, según la JCCAE, era la que había servido de base a la Comisión Europea para poner de relieve que los requisitos establecidos en las Directivas, y por tanto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como criterios de admisión de licitadores, es decir como criterios de solvencia, no podían ser utilizados como criterios para determinar la adjudicación a la proposición más ventajosa en el caso del concurso, es decir, como criterios de adjudicación. De hecho, la JCCAE se refería expresamente a que la experiencia, figurando como requisito de solvencia, no podía utilizarse como uno de los criterios de adjudicación del concurso.

La JCCAE entendía que la experiencia del personal de los licitadores no debía ser considerada como un criterio

¹⁵ Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas (Vigente hasta el 22 de Junio de 2000).



de adjudicación y, en línea con esa línea doctrinal, emitió su Informe núm. 36/2001 de 9 de enero 2002, donde tras examinar su doctrina en relación con los criterios de selección y adjudicación de los contratos enunciaba que, siguiendo fundamentalmente la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1988 (asunto C-31/87-«*Beentjes*»), los criterios de selección, y entre ellos el de la experiencia, no podían ser utilizados como criterios de adjudicación.

Sin embargo, el propio Informe indicaba que ello era principalmente debido a que su admisión quedaba supeditada a una modificación de los preceptos legales correspondientes. Y esto ocurrió con la regulación realizada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que a través de su art. 61.uno adicionó un nuevo párrafo a la legislación de contratos vigente en dicho momento¹⁶:

“Además de la clasificación que resulte procedente para la ejecución del contrato, los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, que completen, en la fase de selección y a efectos de la misma, la acreditación de su solvencia mediante el compromiso de adscribir a la ejecución los medios personales o materiales suficientes para ello que deberán concretar en su candidatura u oferta”.

¹⁶ Adicionó un nuevo párrafo tercero al apartado 1, del art. 15 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que era el vigente en ese momento.

En consecuencia, a partir de la entrada en vigor del precepto transcrito¹⁷, entendió la Junta que ya era posible valorar los medios personales a adscribir a la ejecución de los contratos como un medio adicional a la clasificación y, por tanto, a la solvencia. En el mismo sentido, y en el mismo día, se pronunció la Junta en el Informe núm. 37/2001.

Posteriormente, resultó de interés el Informe JCCAE núm. 59/2004 de 12 de noviembre, por cuanto analizó y vertebró los principales puntos recogidos por la Sentencia *Beentjes*, a la que ya hemos hecho alusión, y que fue la Sentencia base utilizada por la JCCAE para analizar la diferenciación de las fases de solvencia y de adjudicación de los contratos.

Así, destacó el Informe que la Sentencia *Beentjes* enunciaba dos puntos principales:

1. Que la verificación de la aptitud de los licitadores y la adjudicación de los contratos eran dos fases diferentes, regidas por normas también diferentes, debiendo utilizarse en la primera uno o varios de los criterios de selección cualitativa enumerados en las Directivas y en la segunda criterios objetivos, dado que la enumeración de las Directivas comunitarias no es exhaustiva, y siempre que no se atribuyese a los poderes adjudicadores una libertad incondicional de selección.
2. Que para que no se produjese discriminación entre licitadores, los criterios de adjudicación debían ser previamente objeto de publicidad en los Pliegos o en los anuncios.

¹⁷ 1 de enero de 2002.



En ese sentido, entendió la JCCAE que utilizar como criterio de adjudicación un mayor número de elementos personales y materiales que los exigidos como elementos de aptitud y solvencia en el Pliego, no contradecía las Directivas comunitarias ni la interpretación de las mismas realizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia *Beentjes*.

Así, y constatando la posibilidad de valorar como criterio de adjudicación los medios personales de los licitadores, y tras analizar la legislación española, entendió la JCCAE que *“los elementos personales y materiales pueden utilizarse como criterio para determinar la solvencia técnica o profesional y que el mayor número de los exigidos puede ser utilizado como criterio de adjudicación”* y todo ello dado que la enumeración del art. 86 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que era el vigente en dicho momento, no era exhaustiva y era un criterio objetivo cuyo posible efecto discriminatorio quedaba eliminado si el criterio se consignaba expresamente en el Pliego.

Respecto de dicho Informe indicó MURILLO JASO, L.¹⁸ que el mismo, unido a los anteriormente mencionados Informes 36 y 37 de 2001, *“permitirían valorar como criterios de adjudicación la adscripción de medios concretos a la ejecución del contrato y, más aún, en el caso de que la empresa cuente con más medios*

¹⁸ MURILLO JASO, L., “Comentario al art. 134 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público: criterios de valoración de ofertas”, en AAVV, *Publicación: Nuevos Clásicos (Civitas). Comentarios a la Legislación de Contratación Pública. Tomo II* (Marzo de 2009), Editorial Aranzadi, S.A.U., ISBN 978-84-8355-655-9, pág. 4.

personales y materiales de los precisos para una correcta ejecución del contrato. Lo que es claro es que las «características» de la empresa en sí mismas consideradas, han de ser evaluadas como requisito de solvencia”.

Y aunque esa evolución reflejada por los Informes aludidos había permitido que los medios personales fuesen calificados, alternativamente, como criterios de valoración o de adjudicación, la opinión de la JCCAÉ generó críticas en la doctrina, como destacó FERNÁNDEZ ACEVEDO, R.¹⁹. De dichas críticas este autor resaltó la de DOMÉNECH PASCUAL, G., que fue realizada con anterioridad a la DCP y sostenía, en palabras de FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., que dicho criterio *“incumple el requisito de la objetividad al no referirse a las características de las prestaciones ofertadas, sino a las cualidades de la empresa y, a su juicio, resulta palmariamente contrario a la jurisprudencia de la Unión conforme a la cual se vulnera el principio de proporcionalidad cuando, a la hora de valorar las ofertas y adjudicar el contrato, se pondera positivamente una capacidad superior a la necesaria para ejecutar correctamente el contrato”.*

Sin embargo, pareciera que la línea determinada por la JCCAÉ empezó a ser la observada por los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales. Como muestra de ello, FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. trajo a colación la Resolución del Tribunal Administrativo

¹⁹ FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., “Experiencia como criterio de adjudicación. Los criterios de adjudicación de los contratos públicos”, en AAVV, *“El tiempo de las reformas administrativas: hacia la excelencia en la contratación pública (Smart Procurement) a través de compras eficaces, estratégicas y transnacionales”*, pág. 1423.



Central de Recursos Contractuales núm. 644/2013 que *“admite explícitamente valorar como criterio de adjudicación el ofrecimiento de la ejecución del contrato un mayor número de veterinarios certificados de los exigidos”*.

Dicha resolución fue valorada, también, por MORENO MOLINA, J.A.²⁰, que matizó que de la misma *“se deduce que la experiencia sólo será criterio de adjudicación en determinados contratos complejos, de prestaciones personalísimas en la medida que puedan aportar mayor calidad”*.

2. LA DOCTRINA Y LAS SENTENCIAS LIANAKIS Y AMBISIG. LA VALORACIÓN DEL PERSONAL COMO CRITERIO DE ADJUDICACIÓN.

Una vez planteado el cambio doctrinal y jurisprudencial que estaba produciéndose tras los Informes aludidos, parece esencial destacar un matiz importante resaltado a raíz de la contraposición realizada por la doctrina de las conocidas Sentencias *Lianakis*²¹ y *Ambisig*²².

²⁰ MORENO MOLINA, J.A., “El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratos públicos y su transposición en España”. Ponencia para la Central Provincial de Contratación de la diputación de Granada, disponible en <https://centralcomprasgranada.files.wordpress.com/2014/10/presentacion-novedades-directivas.pdf> Diapositiva 20 [Fecha última consulta: 8 de junio de 2018].

²¹ Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 24 de enero de 2008, asunto C-532/06.

²² Sentencia del TJUE (Sala Quinta) de 26 de marzo de 2015, asunto C-601/13.

La Resolución TACRC²³ núm. 677/2017, de 21 de julio, enunciaba la Sentencia *Ambisig*, resaltando de la misma que:

“el Tribunal de Justicia observa, sin perjuicio de que la regla general es que no cabe utilizar como criterio de adjudicación la experiencia, que la Directiva 2004/18/CE no se opone a que el poder adjudicador establezca un criterio que permita evaluar la calidad de los equipos concretamente propuestos por los licitadores para la ejecución de ese contrato, criterio que tiene en cuenta la constitución del equipo, así como la experiencia y el currículo de sus miembros. Su razonamiento se fundamenta en que la calidad de la ejecución de un contrato público puede depender de manera determinante de la valía profesional de las personas encargadas de ejecutarlo, valía que está constituida por su experiencia profesional y su formación, como sucede, por ejemplo, cuando la prestación objeto del contrato es de tipo intelectual, y se refiere a servicios de formación y consultoría. Pues bien, cuando un contrato de esta índole debe ser ejecutado por un equipo, son las competencias y la experiencia de sus miembros los aspectos determinantes para apreciar la calidad profesional de dicho equipo. Dicha calidad puede ser, entonces, una característica intrínseca de la oferta y estar vinculada al objeto del contrato y, en consecuencia, figurar como criterio de adjudicación”²⁴.

²³ Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

²⁴ FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., “Experiencia como criterio de adjudicación. (...)” *op. cit.*, págs. 1424-1425.



Para llegar a esta conclusión, el Tribunal de Justicia siguió lo indicado en el apartado 33 de las conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet²⁵.

En palabras de GALLEGO CÓRCOLES, I.²⁶, a diferencia de en la Sentencia *Lianakis*, en esta Sentencia *Ambisig* “no se valora la aptitud general del licitador, sino la experiencia concreta del equipo propuesto”.

Y respecto de dicha cuestión, aclaró el TACRC que si la experiencia del equipo ofertado se utilizaba como criterio de adjudicación, la misma no podía ser utilizada como criterio de solvencia. En esa misma línea se pronunció ese Tribunal también en su Resolución núm. 361/2017, de 21 de abril.

En este sentido, destaca FERNÁNDEZ ACEVEDO, R.²⁷ que, en línea con lo indicado por el TJUE²⁸, admitió la DCP “expresamente como criterios de valoración, aunque bajo severas condiciones, diversos aspectos relacionados con la experiencia y la cualificación del personal que habrá de ejecutar el contrato”. Si bien lo hizo, como indica el autor, sometiendo dicha

²⁵ Dichas conclusiones fueron presentadas el 18 de diciembre de 2014. EU: C: 2014:2474.

²⁶ GALLEGO CÓRCOLES, I., “La calidad del personal asignado a la ejecución del contrato como criterio de adjudicación, *Contratación Administrativa Práctica*, Núm. 141, Sección *Informe de Jurisprudencia* (Enero 2016), Editorial Wolters Kluwer, LA LEY, pág. 4.

²⁷ FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., “Los criterios para adjudicar los contratos y el nuevo derecho europeo de la contratación pública”, en AAVV, *Contratación pública y transparencia: alcance y límites de los principios de publicidad y libre competencia*, pág. 31.

²⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

posibilidad *“al cumplimiento de dos requisitos estrictos”* que son que *“la calidad de dicho personal debe ser pertinente para el nivel de rendimiento del contrato”*, y que *“debe garantizarse”* que *“el referido personal cumple las normas de calidad especificadas y que no será posible su sustitución sin el previo consentimiento del poder adjudicador, otorgado tras comprobar que el nuevo personal ofrece un nivel equivalente de calidad”*.

La Sentencia *Ambisig* según PERNAS GARCÍA, J.²⁹ estudiaba una posible contradicción entre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la Sentencia *Lianakis*³⁰ y el hecho de que la calidad fuera uno de los criterios de adjudicación previstos en la Directiva 2004/18³¹. En la Sentencia *Lianakis* se rechazaba la posibilidad de utilizar criterios de adjudicación referidos *“a la experiencia, las cualificaciones y los medios para garantizar una buena ejecución del contrato en cuestión”*, y, sin embargo, en la Sentencia *Ambisig* el

²⁹ PERNAS GARCÍA, J., “La calidad profesional del equipo propuesto para ejecutar el contrato (la “experiencia concreta”) como criterio de adjudicación”. Nota sobre la Sentencia del TJUE (Sala Quinta) de 26 de marzo de 2015, asunto C 601/13, *Ambisig*.
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.193/relcategoria.201/relmenu.3/chk.a8bd59e392332c2415722341527739ea> [Fecha última consulta: 8 de junio de 2018].

³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 24 de enero de 2008 en el asunto C-532/06.

³¹ 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.



TJUE se pronuncia sobre la posibilidad de utilizar un criterio de adjudicación que hiciera referencia a la experiencia profesional y formación de las concretas personas encargadas de ejecutar un contrato público, admitiendo que se pudiera utilizar como criterio de valoración de las ofertas la *“calidad profesional”* de los *“equipos concretamente propuestos por los licitadores para ejecutar el contrato”*, siempre que ello pudiera afectar *“de manera determinante”* a la calidad de la ejecución del contrato público. Es decir, el TJUE concluyó que la denominada calidad profesional *“puede ser una característica intrínseca de la oferta y estar vinculada al objeto del contrato”*.

También contrapuso las lecturas de la Sentencia *Ambisig* y la Sentencia *Lianakis* TABERA PÉREZ, O.³², el cual indicó que de *“una lectura conjunta de ambas sentencias debemos concluir”* que debe excluirse *“como criterio de adjudicación la experiencia general de la empresa”*, aunque la misma sí que pueda *“valorarse como criterio de adjudicación”* teniendo en cuenta que *“la experiencia de los equipos concretos propuestos por los licitadores para la ejecución del contrato está ligada a la calidad profesional”*.

Estas interpretaciones rompían con pronunciamientos anteriores de organismos como el Tribunal de Cuentas, el cual en su Informe núm. 955 de 20 de diciembre de

³² TABERA PÉREZ, O., “De los medios humanos y la experiencia como criterio de valoración de ofertas en la contratación pública”. <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.218/relcategoria.208/relmenu.3/chk.4c66a0e8143716a101936531b7e68603> [Fecha última consulta: 8 de junio de 2018].

2012 sostenía que no debían valorarse como criterios de adjudicación los medios personales de los licitadores ni su currículum, formación y experiencia ya que *“dichos elementos no deben valorarse en la adjudicación del contrato, sino en la fase previa de admisión a la licitación, siendo requisitos legalmente establecidos como criterios de admisión de los licitadores”*, e, incluso, con pronunciamientos como el de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña en su Informe 6/2011, de 5 de julio, cuando éste indicaba que *“la experiencia de los licitadores es uno de los elementos que se pueden tener en cuenta para evaluar su capacidad para realizar la prestación de que se trate y, por lo tanto, es en la fase de verificación de la aptitud de las empresas, y no en la fase de valoración de las ofertas, en la que se debe tener en cuenta”*.

Es importante ser conscientes de la relevancia de estos pronunciamientos a favor de valorar los medios personales como criterios de solvencia o de adjudicación, ya que esto, incluso, tuvo reflejo en el Libro Verde de la Comisión Europea sobre la modernización de la política de la contratación pública de la UE, fechado el 27 de enero de 2011, donde se indicó que era posible valorar los medios personales de que dispusieran los licitadores para la ejecución de los contratos, pero con el *“matiz de que tal posibilidad solamente debería articularse en circunstancias limitadas, por ejemplo, para tipos específicos de contratos en los que las cualificaciones y el currículum del personal disponible sean especialmente importantes”*.

Como vemos, el debate doctrinal ha sido incesante en los últimos años y, ahora, todos los autores parecen coincidir en que con la redacción de la DCP este debate



ha terminado, por cuanto, en este momento, sí que es claro que los órganos de contratación puedan calificar los medios personales de los licitadores, además de como criterios de solvencia, como criterios de adjudicación, ya que *“aunque la distinción entre la etapa de selección y la de adjudicación impide emplear, como criterio de adjudicación, la experiencia anterior general de un operador económico, la experiencia específica del equipo técnico concreto que éste propone puede, en relación con determinados contratos, ser tomada en cuenta para valorar la oferta en la fase de adjudicación del contrato”*³³. Si bien, todo ello con un matiz, y es que sólo podrán ser valorados como criterios de adjudicación si no han sido valorados ya como criterios de solvencia.

Concretamente, de lo que se trata ahora *“es de permitir que la experiencia del personal con que contarían los licitadores para la ejecución del contrato pueda ser un parámetro a través del que un licitador pueda proporcionar una evidencia de que puede ofrecer en mejores condiciones lo que promete en su oferta. Es solo desde esta perspectiva desde la que la experiencia puede tomarse en cuenta en la fase de adjudicación”*³⁴.

³³ GALLEGO CÓRCOLES, I., “La calidad del personal asignado a la ejecución del contrato como criterio de adjudicación, (...)” *op. cit.*, pág. 1.

³⁴ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “Valoración de la «experiencia» en el marco de los criterios de adjudicación (...)” *op. cit.*, pág.7.

II. EL COMPROMISO DE ADSCRIPCIÓN DE MEDIOS PERSONALES.

1. REGULACIÓN NORMATIVA.

El compromiso de adscripción de medios, tal y como venía recogido en el TRLCSP, ha sido modificado por la LCSP³⁵. La redacción del compromiso de adscripción de medios personales se ha especificado, ahora, de manera más detallada, matizándose la caracterización que los órganos de contratación deben hacer del mismo. Así, la LCSP ha añadido que los órganos de contratación exigirán el compromiso de adscripción de medios personales *“en el caso de contratos que atendida su complejidad técnica sea determinante la concreción de los medios personales o materiales necesarios para la ejecución del contrato”*. Es decir, que en ciertos tipos de contratos, parece que incluso será obligatorio que el órgano de contratación exija dicho compromiso. Y, además, ha indicado la LCSP que *“la adscripción de los medios personales o materiales como requisitos de solvencia adicionales a la clasificación del contratista deberá ser razonable, justificada y proporcional a la entidad y características del contrato, de forma que no limite la participación de las empresas en la licitación”*.

La regulación del compromiso de adscripción de medios fue objeto de varias enmiendas en la tramitación parlamentaria de la LCSP que pretendieron convertir en una obligación el exigir el compromiso de adscripción de medios³⁶, así como evitar *“la adjudicación a*

³⁵ art. 76 LCSP.

³⁶ Enmienda núm. 71 de modificación al art. 76 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea.



*empresas pantallas o a meros gestores del contrato principal, cuya ejecución hacen recaer en las empresas con las que subcontratan*³⁷, además de impedir “que la petición desmesurada de perfiles profesionales muy concretos e innecesarios, o de experiencias constructivas muy difíciles de acreditar en los últimos años, en los que no ha habido además abundancia de contratación de obra pública, imposibilite su cumplimiento por las PYMES”³⁸.

En su momento, sobre la adscripción de medios se pronunció BERNAL BLAY, M.A.³⁹, el cual lo definió como el procedimiento a través del cual “los órganos de contratación tienen la posibilidad de exigir un plus de solvencia no genérica sino para la concreta ejecución del contrato”. Y para este autor el compromiso de adscripción de medios era “una obligación adicional, de proporcionar a la ejecución del contrato unos medios concretos, de entre aquellos que sirvieron para declarar al empresario idóneo para contratar con la Administración”.

³⁷ Enmiendas núm. 225, 350 y 527 de modificación al art. 76 del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana, del Grupo Parlamentario Ciudadanos, y del Grupo Parlamentario Socialista.

³⁸ Enmiendas núm. 529 y 1.053 de adición al art. 76 del Grupo Parlamentario Socialista y del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV).

³⁹ BERNAL BLAY, M.A., “Hacia una contratación pública socialmente responsable: Las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público”, en AAVV, *El derecho de los contratos del Sector Público. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública – X –* GIMENO FELIÚ, J.M., (Ed.) Zaragoza (2008), pág. 244.

2. ESTABLECIMIENTO COMO CONDICIÓN ESENCIAL DE CUMPLIMIENTO. LA EFECTIVA DISPOSICIÓN DE LOS MEDIOS PERSONALES.

El compromiso de adscripción de medios aparecía catalogado en el TRLCSP como condición esencial de ejecución⁴⁰, es decir, como un compromiso adicional a la acreditación de la solvencia o, en su caso, clasificación, siempre que el órgano de contratación lo hubiera exigido en los Pliegos. Todo ello, conllevaba que el órgano de contratación, además de poder exigir que los licitadores especificasen en su oferta los nombres y cualificación profesional del personal destinado a ejecutar las prestaciones, pudiese exigirles que se comprometiesen a adscribir los mismos a la ejecución del contrato. A dichos efectos, y para asegurar su cumplimiento, es por lo que en los procedimientos de licitación el compromiso de adscripción de medios suele venir referido como condición esencial de cumplimiento, y su incumplimiento conlleva la imposición de penalidades e incluso la resolución del contrato, en base a lo establecido en el actual art. 211 LCSP⁴¹.

La jurisprudencia ha tenido, asimismo, oportunidad de pronunciarse sobre el compromiso de adscripción de medios. Así, a modo ilustrativo, el TACPA⁴² en su Acuerdo núm. 42/2013, de 7 de agosto de 2013, definió el mismo *“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*

⁴⁰ art. 64 TRLCSP.

⁴¹ art. 223 TRLCSP.

⁴² Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.



un licitador idóneo para contratar con la Administración”.

El TACPA indicó que para poder ser medios complementarios debían, por tanto, seguirse los criterios generales que regían el establecimiento de los medios para acreditar la solvencia:

“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”.

La regulación normativa indica que respecto del compromiso de adscripción de medios personales, los licitadores cuya oferta es la que obtiene la mejor relación calidad-precio deben demostrar que disponen efectivamente de dichos medios personales. Sin embargo, respecto a la efectiva disponibilidad aludida y que aparece nombrada en el art. 150.2 de la LCSP⁴³, en la práctica no está claro ni el significado ni el alcance de esa “demostración”, ya que la legislación no determina el modo en que debe hacerse y, por tanto, si los Pliegos no determinan cómo debe realizarse, su valoración y verificación quedarán supeditadas a la apreciación del órgano de contratación. Y todo ello, teniendo en cuenta, que se presume que los licitadores mediante dichos compromisos van a presentar y adscribir al contrato aquellos perfiles de los que realmente

⁴³ art. 151.2 TRLCSP.

disponen y que pertenecen a la plantilla de los mismos o de sus grupos empresariales o, incluso en su defecto, porque disponen de los mismos conforme al art. 75 LCSP⁴⁴, en cuyo caso se exigirá la declaración de medios correspondientes.

Pareciera existir, por tanto, un tipo especial de vacío normativo cuando por un lado, considera la doctrina que bastaría con que el órgano valore como suficiente la documentación presentada por los licitadores al respecto, y por el otro, no se determina ni se exige la presentación de documentación acreditativa de vinculación alguna, en el momento anterior a la ejecución del contrato, de dichos medios con la empresa propuesta como adjudicataria.

En este sentido, cabría plantearse si realmente tiene encaje legal que aquello que se exige como “plus de solvencia”, y respecto de lo que se pide a los licitadores que demuestren fehacientemente su disposición para la ejecución del contrato, pueda ser valorado bajo un margen de apreciación del órgano de contratación, y que únicamente se regule la penalización en caso de no disposición efectiva en sede de ejecución, que es la línea que establece, por ejemplo, la Resolución TACRC núm. 207/2017 (Recurso núm. 37/2017 C.A. Principado de Asturias 2/2017). Si la solvencia tiene que ser acreditada en fase de oferta y es, además, criterio de admisión de los licitadores, se presenta lógico que lo que se ha determinado como un “plus de solvencia” se trate de la misma manera y tenga la misma entidad que la valoración de la solvencia.

Considero que no debería ser admitida la adjudicación de un contrato por “entenderse” que el adjudicatario

⁴⁴ art. 63 TRLCSP.



presenta indicios que hacen presumir que en él concurren los requisitos exigidos por los Pliegos. Esto es, los requisitos concurren o no concurren, siendo el órgano de contratación el que, dando cumplimiento al art.103 de la Constitución Española, tiene la obligación de comprobar aquella concurrencia, pues otro comportamiento supondría quebrar los principios que rigen la contratación pública.

Por medio del art. 145.2 LCSP, y anteriormente a través del art. 151.2. TRLCSP, se da la oportunidad al órgano de contratación de comprobar, previamente a la adjudicación y formalización del contrato, que la empresa que va a ser la adjudicataria dispone realmente de los medios que se ha comprometido a adscribir para acometer la ejecución del contrato. De hecho, si el órgano de contratación aprecia que no se dispone de los mismos, debe ordenar la exclusión de la proposición en cuestión, teniéndola por retirada. Esta comprobación es cualitativamente distinta de la de la fase de solvencia ya que en dicha fase basta con el compromiso de adscripción, mientras que en el trámite previsto en el art. 145.2 LCSP la documentación exigida al contratista propuesto como adjudicatario ha de ser suficientemente acreditativa de la efectividad de la adscripción de medios, no bastando con manifestaciones que no justifican tal cumplimiento, como ha señalado el TACRC en su Resolución núm. 11/2012, de 5 de enero de 2012.

Es doctrina consolidada de dicho Tribunal que el examen de la documentación aportada por el licitador, a los efectos del art. 145.2 LCSP, debe ser minuciosa, y que tal documentación debe hacer prueba de la veracidad de los medios invocados por el licitador en su oferta; pudiendo citar, entre otras, la Resolución TACRC

núm. 153/11, de 1 de junio y la núm. 331/2015, de 17 de abril.

Es decir, para el TACRC lo que debe acreditarse por el licitador seleccionado como mejor oferta es que éste efectivamente puede disponer de aquella relación de personas respecto de las que ha realizado el compromiso de adscripción de medios. Y en su misma línea el TACPCM⁴⁵ en su Resolución núm. 31/2015 añade que *“la documentación exigida ha de ser suficientemente acreditativa de la efectividad de la adscripción de medios, no bastando con manifestaciones que no justifican tal cumplimiento”* ya que lo que se pretende *“es comprobar la capacidad para hacer efectiva, en las condiciones pactadas, la prestación que se demanda por el ente contratante”*.

Pero como dice el TACPA en su reciente Acuerdo núm. 17/2018, de 27 de marzo, citando la Resolución TACRC núm. 1009/2016, de 2 de diciembre, *“el contenido de los artículos que en el TRLCSP regulan la acreditación de la solvencia es imperativo, de forma que tanto los medios para acreditarla como los instrumentos que le sirven de soporte formal, deben ajustarse exactamente a lo prevenido en la Ley”*, y si la Ley no contiene regulación sobre cuáles son dichos instrumentos, y cuál es la documentación que realmente puede demostrar la efectiva disposición de los medios personales por los licitadores, seguirá dependiendo la valoración de dicha disponibilidad del margen de apreciación del órgano de contratación de turno.

Si como indicaba el TACPA en su Acuerdo núm. 9/2014, de 11 de febrero, el compromiso de adscripción de

⁴⁵ Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.



medios como obligación accesoria del contrato cumple *“una función de garantía del cumplimiento de la obligación principal”*, fácilmente puede entenderse que con mayor razón deberá acreditarse de manera fehaciente y justificada su efectiva disposición. Todo ello puede considerarse como un punto de fácil aclaración con la determinación legal o jurisprudencial, de que dicha efectiva disposición podría demostrarse, o bien mediante cualquier documento con validez acreditativa de la pertenencia al licitador o a su grupo empresarial, o bien a través de la disposición por medios externos que pudiera acreditarse con el compromiso del art. 75 LCSP⁴⁶.

3. CONFIDENCIALIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS RESPECTO DEL COMPROMISO DE ADSCRIPCIÓN DE MEDIOS.

Lo primero que debemos tener en cuenta al tratar este punto de la confidencialidad y protección de datos respecto del compromiso de adscripción de medios, es que los licitadores están legitimados para solicitar vista de los expedientes de contratación en virtud del art. 53 a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Adicionalmente, y si no pueden acceder a dicha información, pueden solicitarlo al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales que sea competente.

Adicionalmente, es muy importante a la hora de dar acceso a las ofertas de los licitadores el ponderar correctamente los derechos de defensa y de

⁴⁶ art. 63 TRLCSP.

confidencialidad de los mismos. Y, así, lo entiende el TACRC⁴⁷ que viene manteniendo la necesidad de buscar *“el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario”*.

Dice la LCSP⁴⁸ que el órgano competente para resolver los recursos debe garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación. Por ello, corresponde a dicho órgano resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que, por ello, resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento.

Además, la LCSP regula en su art. 133 la confidencialidad de las ofertas de los licitadores, sobre la cual se pronunció recientemente el TACRC en la Resolución núm. 250/2018, de 16 de marzo, si bien lo hizo respecto del articulado equivalente del TRLCSP ya derogado, y concretamente del entonces vigente art. 153⁴⁹:

“el órgano de contratación podrá no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de

⁴⁷ Resolución núm. 202/2016, de 11 de marzo.

⁴⁸ art. 56.5. LCSP.

⁴⁹ Entiéndase referido ahora al art. 155.3. LCSP.



empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas”.

Por todo ello, y en esa línea de ponderación del derecho de defensa y derecho de confidencialidad, hay que plantearse si los medios personales y materiales pueden ser calificados como confidenciales. Y, en este sentido, es fácil concluir que sí se debe dar protección a los datos de carácter personales indicados en las ofertas, ya que su protección viene concretada por lo indicado en el art. 133.1. LCSP in fine⁵⁰. Es decir, todos los nombres incluidos concretamente en la oferta podrán no ser accesibles para los licitadores en base a la regulación en materia de datos de carácter personal.

Pero, en relación con la restante información incluida en el compromiso de adscripción de medios, ésta sí que

⁵⁰ Es importante tener en cuenta que la LCSP se encuentra “desfasada” normativamente hablando, por cuanto la legislación en materia de datos de carácter personal, que hasta el 25 de mayo de 2018 venía determinado por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, ha quedado desplazada en lo que sea contraria al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (conocido como RGPD o, por sus siglas en inglés, GDPR), que es una norma comunitaria que se aplica a todos los Estados directamente, de manera que, según el TJUE, los Estados miembros no pueden aprobar normas que repitan o transcriban lo que el RGPD establece. No habiendo sido adoptado internamente en España, es de aplicación obligatoria el RGPD desde el pasado 25 de mayo de 2018, y todo ello, con independencia de que haya Ley nacional o no que contemple sus obligaciones.

debería ser accesible, por no contener secretos técnicos ni comerciales intrínsecos de los licitadores, ni perjudicar su conocimiento a la competencia legal y comercial que se mantiene con el resto de empresas. En esa línea lo interpreta de igual manera el TACPA en su Acuerdo núm. 8/2013, de 6 de febrero.

III. LA ACREDITACIÓN DE LA DISPOSICIÓN DE MEDIOS PERSONALES A TRAVÉS DE MEDIOS EXTERNOS.

1. POSIBILIDAD DE ACREDITACIÓN A TRAVÉS DE MEDIOS EXTERNOS.

En línea con lo que acabamos de indicar en el apartado anterior, el TACPA indicó en su Acuerdo núm. 9/2014, de 11 de febrero, que respecto del compromiso de adscripción de medios *“los requisitos pueden ser cumplidos a priori, por cualquier empresa del sector, como ya se ha indicado, bien mediante la adscripción de medios personales que ya estén integrados en la empresa licitadora, bien mediante subcontratación, o bien a través de cualquier otro de los procedimientos que la legislación de contratos del sector público habilita para ello; puesto que la exigencia se predica de los técnicos individuales, no de las empresas concretas, por lo que las empresas interesadas en el procedimiento de licitación pueden contactar con técnicos que cumplan el requisito, e integrar la solvencia mediante las correspondientes cartas de compromiso”*.



El problema está, como indicaba GALLEGO CÓRCOLES, I.⁵¹, en determinar si todo tipo de capacidades pueden integrarse a través de terceros o si, por el contrario, existen aspectos concretos de la solvencia que, al tener carácter personalísimo, sólo puedan acreditarse de forma directa por el licitador.

Citaba esta autora⁵² al TACRC⁵³ indicando que éste consideraba, al menos en ese momento, que los medios personales constituían un elemento intrínseco de la empresa que no podía integrarse a través de medios ajenos, desprendiéndose *“de la rígida posición mantenida por el Tribunal Administrativo central”* que lo que existe es *“una gran desconfianza de que, si admite la acreditación por medios externos, la ejecución del contrato vaya a ser realizada por empresarios en los que concurra la solvencia exigida”*.

Sin embargo, recientemente, GIMENO FELIÚ, J.M.⁵⁴ analizando la nueva regulación a través de la LCSP, ha destacado la previsión del art. 75 LCSP, que transpone el art. 63 de la DCP y *“que permite la integración de la solvencia con medios externos a la propia empresa licitadora (lo que viene a posibilitar que en fase de solvencia se concrete el nivel de “subcontratación” para*

⁵¹ GALLEGO CÓRCOLES, I., “De nuevo, sobre la integración de la solvencia con medios externos”. *Contratación Administrativa Práctica, Núm. 139, Sección Informe de Jurisprudencia* (Septiembre 2015), Editorial Wolters Kluwer, LA LEY, pág. 6.

⁵² *Ibidem*, pág. 8.

⁵³ Resolución del TACRC de 14 de marzo de 2014 (Rec. 54/2014).

⁵⁴ GIMENO FELIÚ, J. M., “Las claves de la nueva LCSP: hacia una contratación pública transparente y estratégica”, *Aranzadi digital num.1/2017, parte Estudios y comentarios* (2017), Editorial Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor, pág. 8.

la ejecución de un contrato) y que conforman el concepto funcional de operador económico”.

Ha señalado este autor que *“este criterio [...] ya ha sido aplicado por la Audiencia Nacional, en su sentencia de 25 de febrero de 2015 [...] anulando el criterio más formal y restrictivo del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, indicando que los “operadores económicos” pueden alegar la experiencia profesional de otras entidades”.*

Esta argumentación presentada por GIMENO FELIÚ, J.M. viene avalada por la doctrina, e incluso por la JCCAЕ desde hace años, la cual en su Informe 45/02, de 28 de febrero de 2013, recogiendo la doctrina jurisprudencial del TJUE, entendió que podían tenerse en cuenta a las sociedades pertenecientes a un grupo empresarial a efectos de acreditación de la solvencia económica, financiera, técnica o profesional de la persona jurídica predominante. También viene desde hace años apoyando esta opción, por ejemplo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, la cual en su Informe 6/2010, de 21 de diciembre, concluyó *“que el empresario podrá complementar la acreditación de la habilitación empresarial o profesional que precisa para ejecutar el contrato, basándose en la habilitación y medios de una sociedad de su grupo de empresas e interpreta que entre empresas pertenecientes al mismo grupo de sociedades no es exigible la subcontratación por no tener la consideración de tercero”.*



2. COLISIÓN CON LA LEGISLACIÓN LABORAL: LOS INDICIOS DE CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES.

En último lugar, hay que exponer un tema importante y de gran preocupación para los operadores económicos cuando mantienen relaciones con el Sector Público y en las mismas adquieren una gran relevancia los medios personales que los licitadores deben adscribir a la prestación de los servicios.

La cesión ilegal de trabajadores se entiende como la contratación de trabajadores con el fin de cederlos temporalmente a otro empresario, a cambio de un precio cierto, sin que aquéllos sean incorporados a la plantilla del cesionario. Esto se produce, por ejemplo, cuando un operador económico se limita a actuar como mero suministrador de mano de obra, sin ejercitar facultad empresarial alguna sobre los trabajadores asignados a la prestación de los servicios.

Esta figura genera preocupaciones a los licitadores sobre todo en los contratos de servicios, en los cuales no existe una sustancial aportación de medios materiales, los trabajos se deben desarrollar por requerimientos del servicio en las instalaciones de la entidad correspondiente del Sector Público, y, además, para la adjudicación del contrato ha resultado fundamental la aportación del personal como principal valor añadido al servicio contratado.

Parece que esta preocupación se ha ido trasladando al mercado y se ha intentado paliar mediante regulaciones aprobadas al efecto. Por ejemplo, a través del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad que incluyó una Disposición adicional primera sobre "Medidas en relación con los

trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración” y que atañía directamente a los entes, organismos y entidades que formaban parte del sector público de acuerdo con el art. 3.1 TRLCSP, que era el vigente en ese momento.

También se pronunció sobre este tema el Tribunal de Cuentas al aprobar el 26 de febrero de 2009 una “Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en personal laboral de la administración en virtud de Sentencias Judiciales”, que fue informada el 27 de octubre de 2010 por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas⁵⁵. Y, tras esta Moción, se elaboraron por la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas las denominadas “Instrucciones sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores”.

Incluso se ha pronunciado sobre la cesión ilegal la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Recomendación núm. 1/2013 donde indicaba que *“el responsable del contrato resulta un instrumento fundamental y clave en la contratación de servicios externos, para evitar casos de cesión ilegal de trabajadores”*.

⁵⁵ <https://www.boe.es/boe/dias/2011/01/18/pdfs/BOE-A-2011-935.pdf> [Fecha última consulta: 8 de junio de 2018].



De la preocupación señalada pareciera desprenderse la introducción adicional realizada en el art. 308 LCSP⁵⁶. En dicho texto se contienen dos puntos importantes. El primero es que no se puede contratar personal si no es por la vía al efecto establecida y no a través de la contratación de servicios a operadores económicos; y el segundo es que las Administraciones no deben llevar a cabo facultades que únicamente deban realizar los operadores económicos en cuya plantilla se encuentran los medios personales adscritos a la ejecución de los contratos. Todo ello, teniendo en cuenta que el ejercicio de estas facultades por otra entidad que no sea el empleador es el principal indicio de cesión ilegal de trabajadores.

Pero, a mayor abundamiento, y siguiendo lo ya indicado en el epígrafe anterior respecto del compromiso de adscripción de medios personales y su posibilidad de acreditarlo por medios externos, en este momento se encuentran los licitadores con que cuando quieren recurrir a este mecanismo, en sus relaciones internas "contratista-subcontratista" tienen que evitar la concurrencia de los indicios de cesión ilegal de trabajadores, ya que al disponer de los medios personales a través de medios externos, a priori pareciera que únicamente estarían contratando la disposición del personal de las compañías subcontratadas y no un servicio real.

Se puede considerar que este tema, por cuanto afecta a la regulación de las relaciones del Sector Público con los operadores económicos, debería intentar regularse de manera conjunta por legisladores expertos en contratación pública y en materia laboral. Sobre todo teniendo en cuenta que la determinación por parte de

⁵⁶ art. 301 TRLCSP.

un juez de que un operador económico ha llevado a cabo supuestos de cesión ilegal de trabajadores, es un incumplimiento muy grave de los catalogados como causa de prohibición de contratar en el art. 71 LCSP. De tal suerte que una situación en la que un licitador, para concurrir a un procedimiento de licitación, haya dispuesto a través de otros operadores económicos de los medios personales requeridos en los Pliegos, puede terminar conllevándole incurrir en un supuesto de prohibición de contratar⁵⁷.

IV. CONCLUSIONES

La cuestión de la valoración de los medios personales es una preocupación cada vez más relevante para las empresas que deciden presentarse a los procedimientos de licitación.

La jurisprudencia y la doctrina se han venido contradiciendo respecto a la valoración de estos medios y es una práctica habitual la de los órganos de contratación que solicitan los mismos, alternativamente, como criterio de solvencia o dentro de la valoración de los criterios cualitativos, otorgando puntuaciones distintas a las ofertas en función de los mismos.

Tras el análisis llevado a cabo respecto a la posibilidad de que los órganos de contratación incluyan como

⁵⁷ A modo ilustrativo y para mayor entendimiento de las sentencias dictadas en este sentido en relaciones donde están involucrados un órgano de contratación, un contratista y un subcontratista recomendamos leer la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 4089/2015, de 7 de abril.



criterio de solvencia o de adjudicación los medios personales de los licitadores, considero importante insistir en la preocupación de las empresas respecto de la gestión que deben hacer de su personal para poder obtener la adjudicación de los procedimientos de licitación, sobre todo teniendo en cuenta la volatilidad del mercado laboral donde los trabajadores cambian de empleador en periodos de tiempo cada vez más cortos.

Tras el estudio realizado de las resoluciones de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales en relación con los compromisos de adscripción de medios y la justificación que entienden debe hacerse de la efectiva disponibilidad de los mismos por parte de los licitadores, considero que dichos Tribunales únicamente se están quedando en el tenor literal del articulado al efecto. Así, en mi opinión, desde dicha perspectiva pueden entender estos Tribunales que, mientras el órgano de contratación lo considere válido, no debería entrarse a valorar en mayor profundidad la efectiva disposición de los medios personales, ya que si en ejecución se demuestra que la disponibilidad no era tal, se podrá proceder a imponer las sanciones pertinentes o incluso resolver el contrato si el compromiso de adscripción de medios personales se estableció como condición esencial de cumplimiento.

Sin embargo, en el día a día de los procedimientos de licitación, y entrando en la perspectiva o el tenor, llamémosle, "práctico y real del mercado", las compañías licitadoras en numerosas ocasiones incluyen en sus compromisos de adscripción de medios personales, perfiles de los que no disponen y que han obtenido de otros competidores. Se amparan dichas compañías en la posibilidad de que en fecha de adjudicación dispondrán de los mismos realizándoles una oferta de empleo, o en caso de no conseguirlo,

proponiendo al órgano de contratación una modificación del perfil propuesto que se ajuste a lo requerido por el Pliego, ya que ésta es una práctica admitida por la doctrina y la jurisprudencia.

Por ello, como una de las principales conclusiones de este artículo se entiende que es primordial que se determine legal, o jurisprudencialmente, la lista de documentación o información que sea capaz de demostrar la efectiva disposición de los medios personales. Entendiéndose que tendrá cabida dentro de dicha documentación cualquier información que pueda acreditar la disposición de los medios personales a través de medios externos o de entidades del grupo empresarial del licitador.

Otros temas importantes, y que es necesario destacar, surgen respecto de la confidencialidad de dichos compromisos y el de la efectiva disposición de los perfiles y su posibilidad de acreditación por medios externos sin incurrir en supuestos que colisionen con la legislación laboral.

En relación con la confidencialidad, a mi parecer, este compromiso no debe seguir siendo calificado como confidencial por los licitadores y, por ello, los órganos de contratación deben dar acceso a los mismos a los interesados en el procedimiento que así lo soliciten. Hay numerosos órganos de contratación que aceptan la calificación como confidencial de estos compromisos, mientras que hay otros que aceptan únicamente mantener la confidencialidad de los datos de carácter personal incluidos en los mismos. Por ello, y en base a lo indicado en el presente artículo, y entendiendo que los compromisos de adscripción de medios no deben ser calificados como confidenciales por no contener secretos comerciales y técnicos de los licitadores, sería



conveniente aunar la jurisprudencia y doctrina en este sentido.

En relación con la posibilidad de acreditación por medios externos del compromiso de adscripción de medios, como se ha enunciado en este artículo, esta posibilidad pone en jaque a numerosos departamentos de los operadores económicos que tienen que dilucidar la manera adecuada de articular estos compromisos para no incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores que les conllevarían, a posteriori, incurrir en un supuesto de causa de prohibición para contratar, que en muchas compañías supondría la liquidación y disolución de dicha entidad empresarial por constituir los contratos firmados con entidades del Sector Público la parte más importante de sus beneficios empresariales.

Esta preocupación, a la mayor brevedad posible, debe intentar solventarse conjuntamente por los legisladores al efecto, sobre todo teniendo en cuenta los últimos pronunciamientos judiciales.

En este artículo se han intentado explicar de manera sistemática las posibilidades de valoración que tienen los órganos de contratación de los medios personales de los que disponen las entidades empresariales que optan a procedimientos de licitación y, principalmente, expresar y ordenar de manera contextualizada aquellos puntos que mayor preocupación suponen a dichas entidades empresariales.

Y, por ello, se han propuesto medidas que presumiblemente harían que dicha problemática y/o las preocupaciones de los licitadores disminuyeran (al menos notablemente). La postura de los licitadores, con seguridad jurídica completa, sería más fácil de adoptar

y en el día a día de los Despachos de abogados o de los propios Departamentos de Asesoría Jurídica de las empresas licitadoras, se podría contestar sin lugar a dudas a las cuestiones que se plantean por parte de los operadores económicos frente a un procedimiento de licitación, lo cual es algo que en estos momentos no es posible hacer con plenas garantías.

V. BIBLIOGRAFÍA

BERNAL BLAY, M.A., "Hacia una contratación pública socialmente responsable: Las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público", en AAVV, *El derecho de los contratos del Sector Público. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública – X* - GIMENO FELIÚ, J.M., (Ed.) Zaragoza (2008), pág. 244.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., "Experiencia como criterio de adjudicación. Los criterios de adjudicación de los contratos públicos", en AAVV, *El tiempo de las reformas administrativas: hacia la excelencia en la contratación pública (Smart Procurement) a través de compras eficaces, estratégicas y transnacionales*, págs. 1423 a 1425.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., "Los criterios para adjudicar los contratos y el nuevo derecho europeo de la contratación pública", en AAVV, *Contratación pública y transparencia: alcance y límites de los principios de publicidad y libre competencia*, pág. 31.

GALLEGO CÓRCOLES, I., "La calidad del personal asignado a la ejecución del contrato como criterio de adjudicación, *Contratación Administrativa Práctica*,



Núm. 141, *Sección Informe de Jurisprudencia* (Enero 2016), Editorial Wolters Kluwer, LA LEY. Págs. 1-4.

GALLEGO CÓRCOLES, I., "De nuevo, sobre la integración de la solvencia con medios externos". *Contratación Administrativa Práctica*, Núm. 139, *Sección Informe de Jurisprudencia* (Septiembre 2015), Editorial Wolters Kluwer, LA LEY. Págs. 6-8.

GIMENO FELIÚ, J.M., "Las claves de la nueva LCSP: hacia una contratación pública transparente y estratégica", *Aranzadi digital* núm. 1/2017, *parte Estudios y comentarios* (2017) Editorial Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor, pág. 8.

GRIS GONZÁLEZ, J.C., "La experiencia, los medios humanos y la calidad en los contratos del sector público: ¿criterios de selección de los licitadores o criterios de valoración de las ofertas?", en AAVV, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 40, *Derecho Administrativo* (Septiembre 2016), ISSN: 2254-3805, pág. 112.

MORENO MOLINA, J.A., "El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratos públicos y su transposición en España". Ponencia para la Central Provincial de Contratación de la diputación de Granada, disponible en <https://centralcomprasgranada.files.wordpress.com/2014/10/presentacion-novedades-directivas.pdf> Diapositiva 20 [Fecha última consulta: 8 de junio de 2018].

MURILLO JASO, L., "Comentario al art. 134 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público: criterios de valoración de ofertas", en AAVV, *Publicación: Nuevos Clásicos (Civitas). Comentarios a la Legislación de Contratación Pública. Tomo II* (Marzo de 2009),

Editorial Aranzadi, S.A.U, ISBN 978-84-8355-655-9, pág. 4.

PERNAS GARCÍA, J., "La calidad profesional del equipo propuesto para ejecutar el contrato (la "experiencia concreta") como criterio de adjudicación". Nota sobre la Sentencia del TJUE (Sala Quinta) de 26 de marzo de 2015, asunto C 601/13, Ambisig. <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.193/recategoria.201/remenu.3/chk.a8bd59e392332c2415722341527739ea> [Fecha última consulta: 8 de junio de 2018].

TABERA PÉREZ, O., "De los medios humanos y la experiencia como criterio de valoración de ofertas en la contratación pública".

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.218/recategoria.208/remenu.3/chk.4c66a0e8143716a101936531b7e68603> [Fecha última consulta: 8 de junio de 2018].

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., "Valoración de la «experiencia» en el marco de los criterios de adjudicación de los contratos públicos (1)", *Contratación Administrativa Práctica*, Núm. 131, Sección Reflexiones, (Mayo-Junio 2014), Editorial Wolters Kluwer, LA LEY. Págs. 1-7.

**“EL CASO ESCOCÉS Y LAS
CONSECUENCIAS DE UNA EVENTUAL
INDEPENDENCIA EN LA UNIÓN
EUROPEA: ¿LECCIONES PARA
CATALUÑA?⁵⁸”**

“THE SCOTTISH ISSUE AND THE CONSEQUENCES
OF AN EVENTUAL INDEPENDENCE WITHIN THE
EUROPEAN UNION: LESSONS FOR CATALONIA?”

D. Diego Montes Noblejas

Doble Grado en Derecho y Economía - Universidad de
Castilla-La Mancha (UCLM)

⁵⁸ Este trabajo nació durante la estancia realizada en el Consulado General de España en Edimburgo en el verano de 2017 dentro del marco de unas prácticas en el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (MAEC) en virtud del convenio suscrito el 7 de febrero de 2017 entre el MAEC y la Universidad de Castilla-La Mancha. Su desarrollo tuvo lugar en la asignatura *Derecho de la Unión Europea*, impartida por el Prof. D. Ángel Sánchez Legido en la Facultad de Derecho de Albacete (Universidad de Castilla-La Mancha), y fue concluido después de haber dedicado los meses posteriores al estudio de la cuestión. Todos los recursos web recogidos en estas páginas fueron consultados por última vez el 16 de septiembre de 2018 durante el proceso de revisión.



RESUMEN: El referéndum para la independencia de Escocia en 2014 pudo haber sido un hecho histórico en lo referente a la sucesión de Estados dentro de la Unión Europea, sentando un precedente para un caso no contemplado explícitamente en el Derecho de la Unión Europea. Aunque el resultado de la votación impidió que fuese así, podemos advertir las líneas de actuación a seguir por las Instituciones de la UE si en un futuro se plantease un supuesto de idénticas o similares características.

Este trabajo estudia los acontecimientos en Escocia tomando como punto de partida la victoria del Partido Nacional Escocés en 2007 y finalizando en 2014 con la derrota de las aspiraciones independentistas. Posteriormente, analiza las posibilidades de que una Escocia independiente pertenezca a la Unión Europea. Por último, compara el *procés* catalán con el caso escocés para apreciar la existencia o no de diferencias que puedan alterar nuestras conclusiones.

Palabras clave: Escocia, independencia, referéndum, Unión Europea, Cataluña, secesión, Estado miembro, adhesión y Tratados.

Abstract: The referendum on Scottish independence held in 2014 could have been a historic event regarding succession of states inside the European Union, setting a precedent for an event not explicitly regulated by European Union Law. Although the poll result prevented it, we can identify the guidelines to be followed by EU Institutions in the event of an identical or similar assumption occurring.

This paper studies the events in Scotland, beginning with the Scottish National Party victory in 2007 and ending in 2014 when independence aspirations were frustrated. Afterwards, it analyses the possibilities

pertaining to an independent Scotland within the EU membership. Finally, the Catalanian *procés* is compared with the Scottish issue in order to consider if there are any differences between both which may alter our conclusions.

Key words: Scotland, independence, referendum, European Union, Catalonia, secession, member State, accession and Treaties.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL PERIODO DE LAS «CONVERSACIONES NACIONALES» (2007-2011).- III. REFERÉNDUM Y PERMANENCIA EN EL REINO UNIDO (2011-2014).- IV. LA UNIÓN EUROPEA ANTE LOS PROCESOS DE SECESIÓN INTERNOS.- 1. Precedentes en la Unión Europea.- 2. ¿Una Escocia independiente en la Unión Europea?- A) *Algunos pronunciamientos institucionales de interés.*- B) *Argumentos a favor de la continuidad en la pertenencia a la Unión Europea de Escocia como Estado independiente.*- a) *La teoría de la «ampliación interna» y su automatismo.*- b) *Otros argumentos que apuestan por dicha continuidad.*- C) *Argumentos en contra de la continuidad en la pertenencia a la Unión Europea de Escocia como Estado independiente.*- D) *La postura más ajustada al Derecho de la Unión Europea.*- V. ¿CATALUÑA ES ESCOCIA?- VI. UN BREVE COMENTARIO PROSPECTIVO ACERCA DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN.- VII. CONCLUSIONES.- VIII. BIBLIOGRAFÍA.



I. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha escrito desde el punto de vista iusinternacionalista⁵⁹ acerca del principio de libre determinación de los pueblos⁶⁰, con las Declaraciones

⁵⁹ Con mayor profundidad, entre otros, *vid.* MANGAS MARTÍN, A. "La secesión de territorios en un Estado miembro: efectos en el Derecho de la Unión Europea", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 25, 2013, págs. 47-67. Disponible en <http://aracelimangasmartin.com/wp-content/uploads/2017/02/La-secesión-de-territorios-en-un-Estado-miembro-efectos-en-el-derecho-de-la-Unión-Europea-en-Revista-de-Derecho-de-la-Unión-Europea.pdf>>; PIERNAS LÓPEZ, J.J. "100 años de libre determinación de los pueblos. La evolución del principio", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 32, 2016, págs. 259-295. Disponible en <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/article/view/8216/7321>>; PONS RAFOLS, X. "Legalidad internacional y derecho a decidir", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 27, 2014. Disponible en http://www.reei.org/index.php/revista/num27/articulos/legalidad-internacional_derecho-decidir>; SOROETA LICERAS, J.F. "El derecho a la libre determinación de los pueblos en el siglo XXI: entre la realidad y el deseo", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, núm. 1, 2011, págs. 451-502. Disponible en http://www.ehu.eus/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2011/2011_8.pdf>.

⁶⁰ Resulta de gran interés acerca de la relación entre este principio y el ahora denominado «derecho a decidir» el estudio de PONS RAFOLS, X. "Legalidad internacional (...)", *op. cit.* Especialmente, las págs. 19-21. Concluye que «el derecho a decidir no constituye más que un eufemismo para, añadiéndole una vinculación de carácter democrático absolutamente irrefutable, referirse al principio de libre determinación de los pueblos y a su ejercicio mediante un referéndum o una consulta de autodeterminación».

1514 (xv), 1541 (xv) y 2625 (xxv) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) como manifestaciones capitales de la concreción de ese principio en un derecho. Aunque en los últimos tiempos⁶¹ el mundo ha vivido procesos de esta índole, como los de Montenegro, Kosovo o Sudán del Sur, ninguno de ellos ha conseguido despertar un interés en la opinión pública semejante al de los dos grandes procesos soberanistas de nuestro entorno y momento: Cataluña y Escocia.

La presencia de la percepción de una identidad genuina por razones de historia, lengua y cultura existe en ambos territorios desde tiempo atrás. A pesar de las múltiples analogías que pueden realizarse, también conviene precisar que las diferencias entre la historia de Escocia y Cataluña son considerables; y en algunos aspectos, abismales. En este sentido, puede destacarse el uso marginal del idioma propio de Escocia, el gaélico, en comparación con el extendido del catalán, así como las diferentes vías por las que estas regiones pasaron a conformar parte del territorio nacional de España y Reino Unido respectivamente: en el caso de los condados catalanes por vía dinástica a través de la unión entre Castilla y Aragón en 1469 y en el caso escocés por un Tratado de Unión entre parlamentos que data de 1707.

⁶¹ Una magnífica monografía acerca de la sucesión de Estados en los compases finales del pasado siglo es la tesis doctoral realizada por ORTEGA TEROL, J.M. *El desmembramiento de Estados en la Europa de fin de siglo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999. De una forma más sucinta, FREIXES SANJUÁN, T. "Secesión de Estados e integración en la Unión Europea. A propósito del debate sobre la permanencia en la Unión de Escocia y Cataluña como Estados segregados del Reino Unido y España", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2014, págs. 297-329.



De entre ambos sería entendible la existencia de una tendencia natural que se decantase, debido a motivos de proximidad y actualidad, por un estudio del proceso soberanista en Cataluña. O, más extensivamente, por uno comparado entre las «*national conversations*» escocesas y el *procés* catalán. Pero un detenido seguimiento del segundo nos remite de forma intermitente a lo que los ideólogos de la pretendida independencia de Cataluña denominan «vía escocesa». En consecuencia, se ha optado por una aproximación desde la óptica de la rechazada independencia de Escocia.

Finalmente, y con carácter previo a entrar en materia, son oportunas tres apreciaciones. En primer lugar, para profundizar en mayor medida se ha optado por comenzar en 2007, cuando el Partido Nacional Escocés (SNP, por sus siglas en inglés) accedió al Gobierno de la nación más septentrional de las cuatro constitutivas del Reino Unido. Acto seguido se analizan los acontecimientos hasta la celebración del referéndum en 2014. En segundo lugar, ha de indicarse que el propósito de este trabajo es dar respuesta a una situación meramente conjetural, es decir, a lo que pudo ser y no fue: la independencia de Escocia. En particular, a la posición en la que hubiera quedado una Escocia independiente para con la Unión Europea e indicar si la situación sería distinta para Cataluña. Por último, y en tercer lugar, son analizadas únicamente las reglas jurídicas aplicables conforme al Derecho de la Unión Europea, dejando a un lado la normativa interna tanto británica como española.

II. EL PERIODO DE LAS «CONVERSACIONES NACIONALES» (2007-2011)

Las terceras elecciones al Parlamento escocés desde su creación en 1999 tuvieron como resultado una victoria ajustada del SNP —47 escaños— frente al Partido Laborista —46 escaños—. En esas condiciones, el líder del partido ganador, Alex Salmond, decidió formar un gobierno de mínimos y comenzar la ejecución de su programa electoral⁶², en el que se encontraba la celebración de un referéndum para decidir acerca de la independencia de Escocia, que en principio tendría lugar en 2010.

El medio adoptado para dar cumplimiento a su ideario fue la apertura de un periodo de consulta pública bajo el rótulo de «*National Conversation*», plasmada en un documento⁶³ que llamaba a decidir sobre el futuro de la nación considerando tres posibles escenarios:

- i. El mantenimiento del contenido de la *Scotland Act*⁶⁴ de 1998, ampliando determinadas competencias cuando se presentase la oportunidad.
- ii. Dotar a Escocia de una mayor autonomía mediante el rediseño del sistema de devolución competencial previsto en la ley anteriormente mencionada.

⁶² “*SNP Manifesto 2007*”. Las referencias al referéndum pueden verse en las págs. 5, 7, 8 y 15. Disponible en inglés en

<<http://www.politicsresources.net/area/uk/ass07/man/scot/snp.pdf>>.

⁶³ Dicho *white paper* se denominó “*Choosing Scotland’s Future: A National Conversation: Independence and Responsibility in the Modern World*”. Disponible en inglés en <<http://www.gov.scot/Resource/Doc/194791/0052321.pdf>>.

⁶⁴ Disponible en inglés en <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/46/pdfs/ukpga_19980046_en.pdf>.



- iii. El defendido por el Gobierno: Llevar la autonomía hasta el grado de constituir a Escocia en un país independiente.

La oposición laborista vio en la segunda de estas opciones la forma de contrarrestar los postulados del SNP, apostando por ampliar el ámbito competencial del cual disfrutaba el Parlamento de Holyrood en materia tributaria y presupuestaria, amén de otras competencias de menor relevancia. De esa postura nació la denominada *Devo Plus*, que no contemplaba la independencia. Sus postulados serían defendidos en el informe⁶⁵ elaborado por la Comisión Calman en 2009, del cual el también laborista Gobierno del Reino Unido, presidido por Gordon Brown, se mostró partidario para remediar el incipiente conflicto.

Como si de una partida de ajedrez se tratase, tocaba esperar a que el SNP realizase el siguiente movimiento⁶⁶. Ocurrió con una nueva propuesta de «conversación nacional» mediante el documento *Your*

⁶⁵ El mismo, denominado oficialmente "*Serving Scotland Better: Scotland and the United Kingdom in the 21st Century*" —por más que haya terminado siendo conocido como "Informe Calman"— se encuentra disponible en inglés en <<http://www.scottishconservatives.com/wordpress/wp-content/uploads/2013/07/01-Commission-on-Scottish-Devolution-Executive-Summary.pdf>>.

⁶⁶ Un análisis de la sucesión de los acontecimientos hasta 2012 es el realizado por DORREGO DE CARLOS, A. "El referéndum sobre la independencia de Escocia", Cuadernos de pensamiento político, FAES, núm. 34, abril-junio 2012, págs. 85-121.

*Scotland, Your voice*⁶⁷, que sopesaba cuatro posibilidades:

- i. El mantenimiento del estatus vigente.
- ii. La opción *Devo Plus* introducida previamente en el informe de la Comisión Calman.
- iii. La opción *Devo Max*, compuesta por la *Devo Plus* y la adición de las críticas del Gobierno a la misma ya que no abordaba determinados aspectos fiscales considerados de trascendental importancia.
- iv. La independencia.

Las tres últimas alternativas son a las que el Gobierno aludió en el borrador del referéndum⁶⁸, presentado en febrero de 2010 y sometido también a consulta pública. Esto se produjo un año antes de concluir la legislatura, lo que puede interpretarse como una declaración de intenciones del SNP recordando a sus electores y a la ciudadanía escocesa —y por extensión, a la británica y europea— la vigencia de su compromiso con la celebración del referéndum; postulándose al mismo tiempo de cara a las elecciones de mayo de 2011.

III. REFERÉNDUM Y PERMANENCIA EN EL REINO UNIDO (2011-2014)

La tendencia electoral de las elecciones de 2007 se consolidó de forma palmaria en las legislativas de 2011,

⁶⁷ Disponible en inglés en <http://www.gov.scot/Resource/Doc/293639/0090721.pdf>.

⁶⁸ El anteproyecto de ley se denominó "*Scotland's Future: Draft Referendum (Scotland) Bill Consultation Paper*". Disponible en inglés en <http://www.gov.scot/resource/doc/303348/0095138.pdf>.



con una mayoría absoluta del SNP que le permitió tramitar un proyecto de ley habilitante para convocar el referéndum, en línea con lo expresado en su programa electoral⁶⁹.

El compromiso de celebrar la consulta durante esa legislatura obligaba a concretar sus aspectos sustanciales. De ello se encargó el libro blanco *Your Referendum, Your Scotland*⁷⁰, que reducía la pregunta del referéndum a dos posibilidades: independencia o *Devo Max*. Además, ahondaba en otras cuestiones imprescindibles, como qué Parlamento ostentaba la competencia para efectuar la convocatoria o la edad mínima para participar.

Las pretensiones del Ejecutivo escocés encontraron acomodo en la interpretación realizada desde Westminster del principio democrático. Una rotunda afirmación demostró el pragmatismo del Gobierno británico: «*if there is to be a referendum, it must be legal, fair and decisive*»⁷¹. Producto de dicha postura

⁶⁹ “*SNP Manifesto 2011*”. En el programa para esas elecciones las referencias a la independencia y al referéndum seguían presentes —*vid.* pág. 28— pero no ocupaban un papel predominante. Disponible en inglés en <http://votesnp.com/campaigns/SNP_Manifesto_2011_lowRes.pdf>.

⁷⁰ Disponible en inglés en <<http://www.gov.scot/Resource/0038/00386122.pdf>>.

⁷¹ Cita extraída de la pág. 5 del prefacio firmado por David Cameron y Nick Clegg en el documento “*Scotland’s constitutional future: A consultation on facilitating a legal, fair and decisive referendum on whether Scotland should leave the United Kingdom*”. Disponible en inglés en <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140122221829/http://www.official-documents.gov.uk/document/cm82/8203/8203.pdf>>.

surgió el Acuerdo de Edimburgo de octubre de 2012 que, en cierto modo, satisfizo buena parte de las demandas del SNP. La edad para poder votar se estableció a partir de los 16 años y se permitió que la convocatoria corriese a cargo del Parlamento de Holyrood, al que se le encargó la tramitación de la legislación pertinente. Bien es cierto que el referéndum versaría únicamente sobre una pregunta que cuestionaría acerca de la independencia o no, teniendo que renunciar la Administración Salmond a la posibilidad de una segunda pregunta referida a la permanencia dentro del Reino Unido, pero gozando de una mayor autonomía⁷².

El proceso continuó, ya de forma mucho más ágil, con la aprobación de la *Scottish Independence Referendum (Franchise) Act 2013*, que delimitaba todos los aspectos esenciales del referéndum, aunque el anuncio de la fecha para acudir a las urnas se produjo antes de su aprobación. Los electores fueron llamados a participar en la votación el 18 de septiembre de 2014. Ese día por la regla de la mayoría simple se decidiría la independencia o no de Escocia.

Los preparativos y mítines se sucedieron en el ínterin, pero legislativamente las novedades fueron escasas, a

⁷² Esta posibilidad se contemplaba, como se ha señalado, en el libro blanco *Your Referendum, Your Scotland*, pero tuvo que ser eliminada de cara a la votación. Ello puede interpretarse como una concesión del Ejecutivo escocés, pues a partir de ese momento pasaba a jugarse el «todo o nada», en tanto que u obtenía la independencia o mantenía el *statu quo*. Sin embargo, no debe olvidarse que, de forma expresa, ya en el *Manifiesto 2007* la postura era marcadamente independentista y no en busca de una mayor autonomía, por lo que la opción querida fue la que se consiguió llevar a votación finalmente.



excepción del libro blanco *Scotland's Future: Your Guide to an independent Scotland*⁷³. Tras la celebración del referéndum⁷⁴ se confirmaron los peores pronósticos para las aspiraciones independentistas: el «no» como respuesta a la pregunta de si Escocia debía ser un país independiente se había impuesto —55,3%— al «sí» —44,7%— con una participación muy elevada⁷⁵ —84,6%—.

Resultados en mano, la consecuencia para el SNP fue la dimisión del primer ministro escocés Alex Salmond en noviembre de ese año, cediendo el testigo a Nicola Sturgeon. Por su parte, las implicaciones para Escocia pasaron por la elaboración de la *Scotland Act* de 2016, puesta en marcha por la Comisión Smith el 19 de septiembre de 2014, en cumplimiento de la promesa⁷⁶

⁷³ Disponible en inglés en <https://www.gov.scot/Resource/0043/00439021.pdf>.

⁷⁴ Fuente en inglés: <https://www.bbc.com/news/events/scotland-decides/results>.

⁷⁵ Mención aparte merece el hecho de que una decisión tan relevante para el conjunto de una amplísima población como es la del Reino Unido, que rozaba los sesenta y cinco millones en la fecha del referéndum, quedase en manos de un electorado conformado únicamente por poco más de cuatro millones.

⁷⁶ Conocida como «*The Vow*», apareció en la portada del diario escocés *Daily Record*, de tendencia laborista y a favor de la unión, el 16 de septiembre de 2014. Con posterioridad se cuestionó cuán fidedignas fueron las palabras reproducidas en primera plana (vid. <https://www.theguardian.com/media/greenslade/2014/oct/31/daily-record-scottish-independence>) y si respondían a una intención real o fueron una mera estrategia para decantar la balanza a favor del «no». El periódico se pronunciaría un año después (vid. <http://www.dailyrecord.co.uk/news/politics/inside-vow->

realizada por David Cameron, Nick Clegg y Ed Miliband en la recta final de la campaña del referéndum⁷⁷. La consecuencia fue que se dotó de una mayor autonomía al parlamento escocés, alineándose así con la opción *Devo Plus* defendida por la Comisión Calman⁷⁸.

IV. LA UNIÓN EUROPEA ANTE LOS PROCESOS DE SECESIÓN INTERNOS

En opinión de LINDE PANIAGUA⁷⁹ «la secesión de territorios en la Unión Europea [...] es un asunto que en la mayoría de los casos se aborda desde posiciones apriorísticas favorables o desfavorables a la secesión en el ámbito de la Unión o en el de los Estados miembros. El apriorismo es fruto de los sentimientos más que de la razón. Sobra pasión y falta razón en la mayoría de los pronunciamientos en este asunto». Sea como fuere, esto es, predomine la vertiente visceral sobre la

[how-historic-daily-6464878](#)>), si bien el devenir de los hechos, al culminar con la *Scotland Act*, restan importancia a las mismas y las reducen al mero interés por el análisis de la influencia de los medios de comunicación en los procesos de votación.

⁷⁷ Respecto del resultado del referéndum y las actuaciones llevadas a cabo por la Comisión Smith, *vid.* LÓPEZ BASAGUREN, A. "Escocia: El referéndum sobre la independencia y la propuesta de reforma de la Devolution", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 104, 2015, págs. 135-167.

⁷⁸ Como señala DORREGO DE CARLOS, A., "El referéndum sobre (...)", *op. cit.*, pág. 105, las propuestas de la Comisión Calman se llevaron por vez primera al Parlamento británico en 2010,

⁷⁹ LINDE PANIAGUA, E. "La Unión Europea sigue siendo la solución", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 25, 2013, págs. 13-20. Cita extraída de las págs. 13-14.



racional o viceversa, deben tenerse en cuenta dos ideas en el caso de que culminase un proceso de secesión⁸⁰ en la Unión Europea. La primera: que no existan precedentes⁸¹ no significa que el Derecho de la UE no disponga de normas jurídicas aplicables. Y la segunda: la secesión de parte de un Estado miembro no es una operación neutra para la propia Unión ni para los Tratados de la UE⁸².

El rebatimiento de estas dos ideas constituye la génesis de las teorías independentistas. A la primera de ellas se oponen afirmando que la ausencia de precedentes impide colmar una «laguna» existente en los Tratados, tal que, por no regular estos la secesión, no puede entenderse que esté prohibida y, por lo tanto, sería

⁸⁰ A efectos aclaratorios, LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, C. "La secesión de territorios no coloniales y el soberanismo catalán", Revista Electrónica de Estudios Internacionales, núm. 26, 2013, pág. 18, puntualiza la diferencia existente entre independencia y secesión, entendiendo que la segunda presupone el rechazo por parte del Estado matriz. Por ello considera adecuado hablar de «independencia pactada» al referirse a Escocia y de «secesión» al hacerlo de Cataluña.

⁸¹ *Vid. infra* ap. IV. 1. Especialmente la nota a pie de página núm. 35.

⁸² Así lo manifestó el Sr. Barroso en su respuesta del 12 de noviembre de 2012 a la pregunta E-008133/2012, de 17 de septiembre de 2012, con asunto "Secesiones en el seno de la Unión y ciudadanía europea", en el Parlamento Europeo, con solicitud de respuesta escrita a la Comisión. La pregunta está disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2012-008133&language=ES>. Por su parte, la respuesta íntegra se encuentra disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2012-008133&language=ES>.

posible conforme al Derecho de la UE⁸³. En cambio, a la segunda se enfrentan con una suerte de argumento *a fortiori*. Sostienen que no solo no es neutra, sino que las Instituciones de la UE no quedarían inmotas ante este hecho por razones democráticas y protectoras de derechos fundamentales, así como otras de índole social, político y económico⁸⁴. Sobre la agregación de ambas refutaciones descansan los argumentos esgrimidos por aquellos que predicán la posible independencia de parte de un Estado miembro sin su correlativa salida de la Unión Europea. Entre algunos de estos argumentos, como veremos, se encuentra la teoría de la «ampliación interna», convertida en caballo de Troya pese a no aparecer recogida en los Tratados.

Nos encontramos ante ejercicios de argumentación jurídica —a los que desafortunadamente no pocas veces se adhieren consideraciones politológicas— acerca de si el Estado sucesor ostentaría de inmediato el estatuto de tercer Estado para con la Unión Europea, teniendo que estar al procedimiento de adhesión del artículo 49 del Tratado de la Unión Europea (TUE), o, de adverso, permanecería en ella bien en virtud de una

⁸³ En términos similares MANGAS MARTÍN, A. “La secesión de territorios en un Estado miembro: efectos en el Derecho de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 25, 2013, págs. 47-67, también advierte —*vid.* pág. 57— ese planteamiento como un pilar de estas teorías.

⁸⁴ También partidarios de esta ponderación en caso de que un nuevo Estado proveniente de una secesión solicitase su ingreso en la Unión son RIDAO MARTÍN J. y GONZÁLEZ BONDIA, A. “La Unión Europea ante la eventual creación de nuevos Estados surgidos de la secesión de Estados miembros”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núms. 27 y 28, 2014 y 2015, págs. 363-390. Disponible en <<http://revistas.uned.es/index.php/REDUE/article/view/13609/12306>>.



«ampliación interna», bien por ser de aplicación algún otro mecanismo⁸⁵ que evitase una salida *ipso facto*. De ambas posturas tendremos ocasión de ocuparnos más adelante. No obstante, para tratar estas trascendentales cuestiones es oportuno acercarnos previamente a una serie de «precedentes atípicos»⁸⁶.

1. PRECEDENTES EN LA UNIÓN EUROPEA

La situación que nos ocupa puede considerarse completamente nueva. Considera PIRIS⁸⁷ que «la tendencia al secesionismo nunca se ha experimentado dentro de las fronteras de los quince viejos Estados miembros de la UE». Aunque cabría precisar que la tendencia como tal sí se ha experimentado⁸⁸ por más que no haya fructificado hasta la fecha.

Decimos que es una novedad en el marco del Derecho de la UE porque no se encuentran precedentes en lo que se refiere a la separación en partes de un Estado miembro. Esto nos obliga a puntualizar brevemente sobre otros supuestos a los que MARTÍN y PÉREZ DE

⁸⁵ *Vid. infra* ap. IV. 2. B) b).

⁸⁶ MANGAS MARTÍN, A. “La secesión de territorios en (...)”, *op. cit.*, pág. 55.

⁸⁷ PIRIS, J-C. “La Unión Europea, Cataluña y Escocia (Cuestiones jurídicas sobre las recientes tendencias secesionistas en los Estados Miembros de la UE)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 37, 2016, pág. 101-134. Cita extraída de la pág. 102.

⁸⁸ Regiones como Baviera (Alemania), Cataluña y País Vasco (España), Cerdeña y «Padania» (Italia), Córcega (Francia), Flandes (Bélgica), Irlanda del Norte y Escocia (Reino Unido) e Islas Feroe (Dinamarca) cuentan con formaciones políticas defensoras del ejercicio del derecho de autodeterminación.

NANCLARES⁸⁹ denomina «casos diversos de modificación del territorio de un Estado en relación a la aplicación del Derecho de la Unión». En nuestra línea discursiva hacen referencia a las «salidas de la Unión de territorios integrados en Estados miembros», en palabras de FREIXES SANJUÁN⁹⁰. Las dos salidas producidas hasta la fecha han consistido en reformulaciones territoriales de Estados miembros acometidas sobre su territorio a la luz de su propio ordenamiento jurídico. Pasamos a ocuparnos sucintamente de ellas.

La primera fue la del otrora departamento francés de Argelia. Al independizarse de Francia en 1962 vio cómo el proceso de descolonización supuso la inaplicación⁹¹ de los Tratados, sin ningún tipo de intervención de las Instituciones de la UE para ello ni modificación de su articulado hasta el Tratado de Maastricht en 1992.

⁸⁹ MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J. "Reflexiones jurídicas a propósito de una eventual declaración unilateral de independencia de Cataluña: un escenario político jurídicamente inviable", Real Instituto Elcano, 2015, 34 págs. Cita extraída de la pág. 22. Disponible en <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/bb469e0049f77f9298de9e207bacc4c/MartinPerezDeNanclares_reflexiones_juridicas_independencia_Catalunya.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=bb469e0049f77f9298de9e207bacc4c>.

⁹⁰ FREIXES SANJUÁN, T. "Secesión de Estados (...)", *op. cit.*, págs. 26-28.

⁹¹ Lo cual no dejaba de ser producto de una interpretación literal del artículo 227.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE), según el cual «el presente Tratado se aplicará [...] a la República Francesa» y del artículo 227.2 TCEE «por lo que respecta a Argelia [...]». Así, la aplicación de las disposiciones pasaba por la pertenencia del país norteafricano a Francia. Producida la independencia, Francia continuó siendo Estado parte en los Tratados como Estado sucesor.



Argelia desde el momento de su independencia pasó a ser un tercer Estado ajeno a las entonces Comunidades Europeas y, no en vano, a cualquier situación o derecho preexistente mientras era parte de Francia y, por ende, también de aquellas.

Y la segunda, la diversamente llamada separación, desacople o retirada de Groenlandia de la aplicación del Derecho de la UE en 1985. El considerado por la Comisión como único caso de secesión de la Unión⁹²

⁹² A la pregunta escrita E-2398/01 de Cristopher Hume, de 20 de agosto de 2001, en el Parlamento Europeo, a la Comisión y con solicitud de respuesta escrita: «¿Puede describir la Comisión la manera en que determinadas áreas geográficas que en una época fueron parte de la Unión Europea se separaron de la UE? ¿Considera la Comisión que ello es un precedente para cualquier futura secesión de un Estado miembro?» tuvo ocasión de responder el Sr. Prodi el 24 de septiembre de 2001: «El único caso de "secesión" de la Unión se refiere a Groenlandia, territorio danés al que los Tratados comunitarios han dejado de aplicarse, o se aplican de forma muy limitada, desde 1985. Otros territorios de Estados miembros quedaron excluidos de la aplicación del Tratado CE en el momento de la firma de los Tratados fundadores o de los Tratados de adhesión. La cuestión de Groenlandia se reguló mediante un Tratado concluido entre Dinamarca y la Comunidad con arreglo a las disposiciones del Tratado CE que autorizan a la Comunidad a celebrar acuerdos. La negociación fue el resultado de un referéndum celebrado en Groenlandia. El "Tratado de Groenlandia" fue luego ratificado por los Estados miembros. Es difícil considerar el Dicho Tratado (*sic*), firmado a mediados de los años 80, como no puede constituir un precedente para un Estado miembro porque, en particular, por una parte, los Estados miembros y las Instituciones subrayaron ya entonces su carácter excepcional y, por otra, porque Groenlandia no es un Estado europeo según lo dispuesto en el artículo 49 del Tratado de la Unión». La pregunta está disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=->

conllevó únicamente la inaplicación de los Tratados tras la modificación del Tratado de adhesión de Dinamarca como consecuencia de la voluntad del país nórdico de dotar de una mayor autonomía a esta región. Debe advertirse, en contraposición a Argelia, que no se produjo una escisión de parte del territorio de un Estado miembro⁹³, por lo que hay quienes consideran⁹⁴ que no se trata de un verdadero precedente.

En el extremo opuesto a los dos casos anteriores se ubica un proceso de integración: la reunificación —o absorción⁹⁵— alemana. Implicó una extensión en la

[//EP//TEXT+WQ+E-2001-2398+0+DOC+XML+V0//ES&language=ES](http://EP//TEXT+WQ+E-2001-2398+0+DOC+XML+V0//ES&language=ES)> y la respuesta en:

<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2001-2398&language=ES>>.

⁹³ Groenlandia siguió y sigue perteneciendo al Reino de Dinamarca, lo que implicó tener que reconsiderar su estatuto para con la UE, pasando a integrarse en la lista de países y territorios de ultramar (Anexo II TFUE) a los que resultan de aplicación los artículos 198-204 TFUE, según lo establecido por el art. 355 TFUE. Esta modificación de los Tratados, ratificada por todos los Estados, fue publicada en el Diario Oficial de las Comunidades el 1 de febrero de 1985 bajo la denominación de “Protocolo sobre el régimen especial aplicable a Groenlandia”. Disponible en <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:11985G/PRO/01&from=ES>>.

⁹⁴ MANGAS MARTÍN, A. “La secesión de territorios en (...)”, *op. cit.*, pág. 56. Aunque entendemos que la autora se refiere a que no sería aplicable a los casos de Cataluña o Escocia y no a una oposición al citado pronunciamiento del Sr. Prodi.

⁹⁵ Este término es empleado por ORTEGA TEROL, J.M. en FERNÁNDEZ TOMÁS, A.F., SÁNCHEZ LEGIDO, Á., ORTEGA TEROL, J.M., FORCADA BARONA, I., MARTÍNEZ CARMENA, M.



aplicación de la Ley Fundamental de Bonn a los cinco *Länder* de la República Democrática Alemana (RDA) según el artículo 23 del *Grundgesetz*. Realizada la declaración de adhesión —*Beitrittserklärung*— se contemplaba que la RDA fuese parte integral de una Alemania unificada y, por extensión, de la Unión⁹⁶. Como indicó la Comisión, no nos encontrábamos ante un supuesto de adhesión desde un prisma formal porque no se trataba de un tercer Estado, sino de la ampliación del territorio de un Estado miembro conforme a sus normas constitucionales⁹⁷.

Por último⁹⁸, también cabe indicar que San Bartolomé, colectividad francesa de ultramar, valiéndose de la

y BALLESTEROS MOYA, V. *Curso de Derecho Internacional Público*, 1.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 76. También lo utiliza MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J. "Reflexiones jurídicas (...)", *op. cit.*, pág. 23.

⁹⁶ Así se hace ver en la comunicación de la Comisión al Consejo Europeo de 19 de abril de 1990. Sobre esta cuestión resulta de especial interés el Suplemento 4/90 del Boletín de las Comunidades Europeas. Disponible en <https://www.learneurope.eu/files/4513/7518/4396/La_CE_y_la_reunificacin_alemana.pdf>.

⁹⁷ FREIXES SANJUÁN, T. "Secesión de Estados (...)", *op. cit.*, págs. 23-25.

⁹⁸ No solo distingue la doctrina los supuestos mencionados en estas páginas. Por ejemplo, MANGAS MARTÍN, A. "La secesión de territorios en (...)", *op. cit.*, pág. 55, recoge también el traspaso de la región del Sarre y los «Acuerdos del Viernes Santo» relativos a Irlanda del Norte como «el ejercicio de la disponibilidad del territorio por un Estado miembro». También LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, C. "La secesión de (...)", *op. cit.*, pág. 17, contempla el traspaso del Sarre. En relación con las accesiones de los territorios de Mayotte, Bonaire, Saba y San Eustaquio a Estados miembros de la Unión y la integración de estos en la UE por la previa integración en aquellos, *vid.* FREIXES

previsión del artículo 355.6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), cambió su estatuto de región ultraperiférica (art. 349 TFUE) a territorio de ultramar (art. 355 y Anexo II TFUE), mediante la Decisión número 528/2012/UE del Consejo, la cual, formalmente, conllevó su salida de la Unión Europea⁹⁹, tal y como sucedió con Groenlandia.

Como vemos, en cada uno de ellos existían bases jurídicas previstas en los respectivos ordenamientos internos que permitieron llevar a buen puerto esos procesos. Obedece lo anterior al vital aspecto de que el «aumento o disminución del territorio de un Estado miembro afecta primordial y exclusivamente al estado en cuestión»¹⁰⁰. Nada tiene que regular el Derecho de la UE acerca de la secesión de una parte del territorio de un Estado miembro porque ninguna competencia tiene atribuida a ese respecto. Empero, entender lo anterior como una «laguna», a la que se le adicione la inexistencia de precedentes típicos que permitan obtener una respuesta trasladable al caso de Escocia o Cataluña, es el caldo de cultivo para que nazcan y se difundan las teorías defensoras de la permanencia en la UE de un nuevo Estado surgido tras un proceso de esta índole.

SANJUÁN, T. "Secesión de Estados (...)", *op. cit.*, págs. 28-30.

⁹⁹ Al igual que sucedió con Groenlandia, se trata de una salida de la UE dentro del ámbito de soberanía de sus respectivos Estados. Tanto los nacidos en San Bartolomé como en Groenlandia son, respectivamente, ciudadanos franceses (arts. 72.3 y 73 *Constitution de la République française* de 1958) y daneses (§ 1, parte I *Danmarks Riges Grundlov* de 1953) y, en consecuencia, ciudadanos de la Unión Europea (art. 9 TUE).

¹⁰⁰ MANGAS MARTÍN, A. "La secesión de territorios en (...)", *op. cit.*, pág. 57.



2. ¿UNA ESCOCIA INDEPENDIENTE EN LA UNIÓN EUROPEA?

A juicio de MANGAS MARTÍN¹⁰¹ «una cosa es que nunca haya habido una secesión dentro del territorio metropolitano de un Estado miembro de la UE y otra cosa (la mentira) de que no haya reglas claras aplicables», las cuales, en consideración de MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES¹⁰², existen de forma que «el escenario jurídico resulta diáfano».

Ahora bien, es pacífico entre la doctrina que ninguno de los episodios vistos en el apartado anterior se ajusta adecuadamente a un supuesto en el que la voluntad secesionista esté casada con la de permanecer en la Unión Europea. Con seguridad esto propició que el Ejecutivo escocés se permitiese presentar un escenario de cara a sus nacionales en el que la pertenencia a la UE estaba asegurada¹⁰³ merced a una «ampliación interna» que operaría de forma automática. De hecho, esta era la postura asumida como cierta por parte del SNP en su propaganda electoral¹⁰⁴ desde 1989, rechazando tanto una salida —ni siquiera transitoria— de la UE como la necesidad de seguir cualquier

¹⁰¹ *Ibid.*, pág. 57

¹⁰² MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J. "Reflexiones jurídicas (...)", *op. cit.*, pág. 24.

¹⁰³ El SNP en el programa electoral de 2007 —*vid. supra*, nota a pie de página núm. 5— se afirmaba con rotundidad la continuidad en la Unión —punto 3.21, pág. 23 de ese documento—. En el de 2009 —*vid. supra*, nota a pie de página núm. 12— se mantiene esta postura de forma explícita en el punto 1.8, pág. 5.

¹⁰⁴ PIRIS, J-C. "La Unión Europea (...)", *op. cit.*, pág. 109.

procedimiento formal para garantizar esa permanencia¹⁰⁵.

Comoquiera que un fenómeno de esta naturaleza no es neutro ni tampoco baladí para la Unión Europea, resulta de interés conocer la postura mostrada por las Instituciones de la UE. Lo que se pretende es conocer si los teóricos de la permanencia en la Unión se basan en pronunciamientos institucionales previos en esta dirección o bien lo hacen en otro tipo de consideraciones.

A) Algunos pronunciamientos institucionales de interés

El eurodiputado Roger Helmer formuló el 1 de febrero de 2007 en el Parlamento Europeo, con solicitud de respuesta escrita, una batería de preguntas a la Comisión con ocasión de unas declaraciones realizadas por Neil Mitchison, Representante de la Comisión en Escocia, a *The Scotsman* en las que sugería que Escocia tendría que volver a solicitar su ingreso en la UE y negociar sus condiciones de entrada si se independizaba del Reino Unido. En ellas cuestionaba: «¿Puede confirmar la Comisión si el contenido del artículo es correcto? En caso afirmativo, ¿no se deberían aplicar exactamente los mismos razonamientos a las restantes partes del Reino Unido? Así pues, ¿no estaría justificado afirmar que Inglaterra

¹⁰⁵ LÓPEZ BASAGUREN, A. "La independencia de Escocia en la Unión Europea. Los efectos de la secesión de territorios en la UE entre política y derecho", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33, 2016, págs. 69-98. En la pág. 80 se hace eco de la convicción del SNP de que una Escocia independiente tendría asegurada su permanencia en la UE.



+ Gales + Irlanda del Norte sería también una nueva entidad y no el antiguo Estado miembro que fue el Reino Unido y que asimismo tendría que volver a solicitar su ingreso en la UE en las mismas condiciones que Escocia? Habría que determinar las mismas cuestiones referentes al número de diputados al PE y ponderación de votos. ¿Ofrecen los Tratados alguna orientación sobre la situación de las partes de un antiguo Estado miembro en caso de ruptura? En caso contrario, ¿qué opina la Comisión al respecto?»¹⁰⁶. La respuesta dada por el Sr. Barroso en nombre de la Comisión el 23 de febrero de 2007, de una forma un tanto aséptica, se restringe al siguiente contenido: «Estas preguntas formuladas plantean numerosas cuestiones relacionadas con el Derecho Internacional. La Comisión en el estado actual de las cosas no emite opiniones sobre situaciones hipotéticas»¹⁰⁷.

Posteriormente, el 16 abril de 2007, el eurodiputado Robert Kilroy-Silk volvió sobre el asunto formulando en el Parlamento Europeo a la Comisión, también con solicitud de respuesta escrita, dos preguntas: «¿Cuál será la posición respecto de la pertenencia de Escocia a la UE si Escocia vota a favor de su independencia del Reino Unido? ¿Será automáticamente miembro de la UE o deberá iniciar negociaciones de adhesión?»¹⁰⁸. La

¹⁰⁶ Pregunta escrita E-0314/07 con asunto "Situación de Escocia después de una posible independencia". Disponible en

<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2007-0314+0+DOC+XML+V0//ES&language=ES>>.

¹⁰⁷ No está disponible en español, pero sí en inglés en <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2007-0314&language=ES>>.

¹⁰⁸ Pregunta escrita E-2021/07 con asunto "Una Escocia independiente en la UE". Disponible en

respuesta del Sr. Barroso, emitida el 6 de junio de 2007, fue exactamente igual que la anterior¹⁰⁹.

Más próxima en el tiempo encontramos la pregunta del eurodiputado Ramon Tremosa i Balcells el 23 de enero de 2012, antes del referéndum en Escocia, igualmente en el Parlamento Europeo, a la Comisión y con solicitud de respuesta escrita. Utilizando el referéndum escocés trata de vincular la ciudadanía europea con la «ampliación interna» de la UE: «El Reino Unido forma parte de la UE desde 1973, por lo que los ciudadanos escoceses son también ciudadanos europeos. ¿Podría indicar la Comisión si, en caso de que finalmente los escoceses voten mayoritariamente a favor de su independencia del Reino Unido, el nuevo Estado de Escocia formaría parte, automáticamente, de la UE?¹¹⁰. Un mes después respondió el Sr. Šefčovič en nombre de la Comisión: «En el momento actual, la Comisión no está en condiciones de expresar ninguna opinión sobre la cuestión planteada por Su Señoría, dado que no se conocen las condiciones ni el resultado de cualquier futuro referéndum, ni tampoco la naturaleza de las posibles relaciones futuras entre las partes interesadas y entre estas partes y los socios de la Unión Europea. En este contexto, la Comisión recuerda que las condiciones de cualquier Tratado de la Unión Europea

<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2007-2021+0+DOC+XML+V0//ES&language=ES>>.

¹⁰⁹ No está disponible en español, pero sí en inglés en <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2007-2021&language=ES>>.

¹¹⁰ Pregunta escrita E-000395/2012 con asunto “Referéndum de independencia en Escocia”. Disponible en <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2012-000395+0+DOC+XML+V0//ES&language=ES>>.



son decididas por los Estados miembros de la Unión Europea»¹¹¹.

Si algo puede extrapolarse de estas respuestas es que difícilmente pueden haber dado pábulo a la propagación de la teoría de la «ampliación interna». Antes bien, en la anterior legislatura la Comisión tuvo la oportunidad de despejar las posibles dudas valiéndose de la pregunta con solicitud de respuesta escrita formulada el 25 de octubre de 2012 por el eurodiputado David Martín¹¹²: «¿Puede la Comisión confirmar si mantiene su postura, expresada por el Sr. Romano Prodi en 2004 [en su respuesta a la pregunta escrita de Eluned Morgan (P-0524/04) a la Comisión el 18 de marzo de 2004] de que “cuando una parte del territorio de un Estado miembro deja de formar parte de ese Estado, por ejemplo porque se convierte en un Estado independiente, los tratados dejarán de aplicarse a este Estado. En otras palabras, una nueva región independiente, por el hecho de su independencia, se convertirá en un tercer Estado en relación a la Unión y, desde el día de su independencia, los tratados ya no serán de aplicación en su territorio”?». La respuesta — de forma conjunta con la correspondiente a la pregunta escrita¹¹³ P-009862-12— del Sr. Barroso en nombre de

¹¹¹ Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2012-000395&language=ES>

¹¹² Pregunta escrita P-009756-12 con asunto “Estados independientes y pertenencia a la UE”. No está disponible en español pero sí en inglés en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ&reference=P-2012-009756&language=ES>.

¹¹³ Esta pregunta es también de gran importancia para el caso de Escocia ya que cuestionaba acerca del estatus del Reino Unido en caso de que aconteciese la independencia. No está disponible en español, pero sí en inglés en

la Comisión tuvo lugar el 3 de diciembre de 2012, con el siguiente tenor: «Sí. El contexto jurídico no ha cambiado desde 2004, ya que el Tratado de Lisboa no ha introducido ningún cambio a este respecto. Por lo tanto, la Comisión puede confirmar su posición, expresada en 2004 en la respuesta a la pregunta escrita P-0524/04»¹¹⁴.

En definitiva, no puede sostenerse que los pronunciamientos oficiales por parte de las Instituciones de la UE hayan auspiciado la difusión de esas ideas continuistas. Y tampoco puede afirmarse que se hayan visto patrocinadas por haberse adoptado una actitud silente que ni confirmase ni desmintiese su aplicabilidad, creando así una suerte de vacío donde las mismas tuvieran cabida.

Sin perjuicio de lo anterior, la insistente apelación¹¹⁵ a la pertenencia automática a la UE en la propaganda del SNP bajo el eslogan «*Independence in Europe*» nos obliga a detenernos, en un primer momento, en esta postura. Después, cambiando de enfoque, se valoran los argumentos de quienes afirman que la independencia de Escocia implicaría su salida de la UE.

<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ&reference=P-2012-009862&language=ES>>.

¹¹⁴ Disponible en

<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=P-2012-009862&language=ES>>.

¹¹⁵ Como apunta MOLINA ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS, I. "Independentismo e integración europea (I): la imposible adhesión automática a la UE de un territorio secesionado", ARI 80/2012 Real Instituto Elcano, 2012, pág. 2. Disponible en

<http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/riecano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/europa/ari80-molina_ue_escocia_catalunya>.



B) Argumentos a favor de la continuidad en la pertenencia a la Unión Europea de Escocia como Estado independiente

Vaya por delante que las premisas de las que parten los defensores de esta postura «tratan [en mayor medida] de razonamientos lógicos que de una regulación aplicable», según MOLINA ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS¹¹⁶, lo que explica que no encuentren sustento alguno en la letra de los Tratados. Igualmente, ha de tenerse en cuenta que esta línea argumental busca un evidente beneficio político a la hora de conformar un cuerpo electoral proclive a la independencia, pero contrario a su vez a la salida de la Unión Europea. Lo dicho ha de ponerse en valor más si cabe al hablar de Escocia, cuya pertenencia al Reino Unido conlleva el disfrute de un estatus con determinadas singularidades en materia presupuestaria, en la participación en el Espacio Schengen y en el uso de su propia moneda. Resulta obvio entonces que el planteamiento por el SNP de un escenario donde el desenlace de la independencia, en lo relativo a la Unión Europea, fuese una solicitud de ingreso y no la permanencia sería una nefasta estrategia política.

a) La teoría de la «ampliación interna» y su automatismo

Se trata de un término cuyo primer uso parece atribuírsele a Neil MacCormick¹¹⁷ en 2004. Acuñado en

¹¹⁶ *Ibid.*, pág. 5

¹¹⁷ PIRIS, J-C. “La Unión Europea (...)”, *op. cit.*, pág. 121, nota a pie de página núm. 58. Sin embargo, MOLINA ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS, I. “Independentismo e

otro ámbito —a raíz de sus estudios sobre una versión liberal del nacionalismo¹¹⁸—, actualmente ha de entenderse como una construcción jurídica que apela a la flexibilidad, al pragmatismo, al empleo de los principios y valores que coadyuvaron a la creación de la Unión Europea y a la búsqueda de soluciones jurídicas y políticas que favorezcan la continuidad en la UE del nuevo Estado que se anima a cruzar el Rubicón de la independencia. En fin, recurre a una serie de intangibles para que hagan las veces de guía en un proceso de negociación pacífico y regido por la buena fe con vistas a colmar la «laguna» que ellos consideran existente en los Tratados. «Laguna» que, como veremos más adelante¹¹⁹, no es tal.

Para mayor comprensión, debemos indicar los cuatro pilares¹²⁰ sobre los que se asienta:

- i. El Derecho de la UE no regula este supuesto, lo que conduce a servirse del principio *quæ prohibita non sunt, permissa intelliguntur*.
- ii. El territorio independizado cumple *per se* el acervo comunitario.

integración (...)", *op. cit.*, pág. 5, nota a pie de página núm. 5, afirma que «el concepto de "ampliación interna" fue ya utilizado en 2000 por el politólogo sueco Torbjörn Larsson».

¹¹⁸ Un acercamiento a las ideas de este Prof., miembro del SNP, es la contribución realizada por BENGOTXEA CABALLERO, J. "El derecho a decidir. Un planteamiento desde la teoría del Derecho Internacional", *Iura Vasconiae*, núm. 12, 2015, págs. 339-361. Disponible en <<https://docplayer.es/66718180-Universidad-del-pais-vasco-euskal-herriko-unibertsitatea.html>>.

¹¹⁹ *Vid. infra* ap. IV. 2. C).

¹²⁰ MOLINA ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS, I. "Independentismo e integración (...)", *op. cit.*, págs. 5-9.



- iii. Los ciudadanos, en tanto que europeos, gozan de una serie de derechos adquiridos con anterioridad.
- iv. Los Tratados únicamente contemplan la salida voluntaria de la UE, pero no la expulsión.

Conforme a esta teoría, la «laguna» sería más que suficiente para asegurar la permanencia, sin recurrir al procedimiento de adhesión previsto en el artículo 49 TUE. Los ciudadanos obtendrían la nacionalidad del nuevo Estado, amén del mantenimiento de la europea y los derechos a ella ligados. Asimismo, los agentes económicos podrían seguir disfrutando de los beneficios de las políticas comunes de la UE y de un vasto mercado cuyas relaciones comerciales ya están articuladas. Se sirven tímidamente en sus razonamientos de los «precedentes» vistos¹²¹ para poner el acento en la capacidad de adaptación de la Unión Europea en situaciones similares. La intención no es otra que autorizar su teoría buscando expreso una práctica, más o menos similar, seguida previamente y que haga las veces de «justificación consuetudinaria» a su ideario. Todo ello partiendo del *motto* advertido por PIRIS¹²²: «estamos dentro, seguiremos dentro».

Vemos que se basa en una argumentación que pivota forzosamente alrededor de una serie de artículos de los Tratados. Muy brevemente puede explicarse del siguiente modo: los ciudadanos del territorio independizado ya gozarían de la ciudadanía europea regulada en los artículos 20 a 25 TFUE, la cual debería ser respetada según los principios fundamentales del artículo 2 TUE. Así, los ciudadanos seguirían siendo europeos a todos los efectos y, bajo esta lógica, el

¹²¹ *Vid. supra*, ap. IV. 1.

¹²² PIRIS, J-C. "La Unión Europea (...)", *op. cit.*, pág. 109.

Estado debería ser miembro de pleno derecho de la Unión de forma automática. Quienes se sitúan en esta corriente, afirman que, en ese punto, «[y] siempre partiendo de la condición de miembro, será necesario considerar los detalles técnicos de cómo se articula el encaje del nuevo Estado en la Unión»¹²³.

Rematan estos autores que «la Unión Europea está obligada a dar una respuesta positiva a una petición de ampliación interna formulada por parte de un Estado surgido de un proceso de secesión o de disolución de un Estado miembro de la Unión Europea, garantizando en todo momento la continuidad de la aplicación efectiva del ordenamiento jurídico de la Unión en el territorio del nuevo estado y en especial la efectividad de los derechos y obligaciones reconocidas a sus ciudadanos»¹²⁴. Otros —hablando exclusivamente de Cataluña— también defienden la «ampliación interna» con argumentos de escaso rigor jurídico y ciertas dosis de populismo: «El escenario más razonable es el de la incorporación natural porque la UE es, por encima de todo una comunidad de intereses económicos [y] a las autoridades políticas europeas no les interesa desposeer de la ciudadanía europea “por los siglos de los siglos” a siete millones y medio catalanes, justo cuando le están dando esta ciudadanía a serbios y croatas, que han conseguido lo mismo que quiere Catalunya pero en lugar de hacerlo a través de los

¹²³ Para el caso de Cataluña así lo justifican MATAS i DALMASES, J., GONZÁLEZ BONDIA, A., JARIA i MANZANO, J. y ROMÁN i MARTÍN, L. “L’ampliació interna de la Unió Europea. Anàlisi de les conseqüències juridicopolítiques per a la Unió Europea en cas de secessió o de dissolució d’un estat membre”, Fundació Josep Irla, Barcelona, 2010, pág. 48. Disponible en catalán en <https://irla.cat/wp-content/uploads/2015/10/lampliacio-interna-de-la-UE.pdf>.

¹²⁴ *Ibid.*, pág. 48.



votos, lo han hecho a través de guerras violentas»¹²⁵. Se aprecia, pues, que el único escenario contemplado por ellos es la continuidad en la Unión Europea.

No resulta descabellado sostener que la «ampliación interna», sobre todo cuando se dice que operaría de forma automática, es una teoría eminentemente heterodoxa que obedece a un voluntarismo ideológico cuyo fin es la consecución de un determinado rédito político. Pero no menos cierto es que, en ocasiones, determinadas declaraciones parecen haberla propulsado hasta el punto de que el SNP mantenía que la independencia de Escocia conllevaría la disolución del Reino Unido y la creación de dos nuevos Estados: Escocia y «el resto»¹²⁶. De haber sido así, entienden que Escocia automáticamente se habría valido de los derechos del viejo Reino Unido al amparo del Derecho Internacional, incluida la pertenencia a la UE¹²⁷.

Algunas de esas declaraciones que quizás pueden haber propulsado este sentir son las, al parecer¹²⁸, realizadas

¹²⁵ SALA i MARTÍN, X. *És l'Hora dels Adéus*, Rosa del Vents, Barcelona, 2014, págs. 87-90. Disponible la versión en español en <http://salaimartin.com/media/books/HoraAdios.pdf>.

¹²⁶ Se puede apreciar que la idea es similar a la subyacente en la pregunta de Roger Helmer en 2007 —*vid.* ap. IV. 2) A)—. Esta hipótesis también ha sido mencionada por el eurodiputado Alyn Smith, según indica MOLINA ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS, I. "Independentismo e integración (...)", *op. cit.*, pág. 6.

¹²⁷ HAPPOLD, M. "Scotland Europa: independence in Europe?", Centre for European Reform, 1999. Disponible en inglés en <https://www.cer.eu/sites/default/files/publications/attachments/pdf/2011/cerwp2-2807.pdf>.

¹²⁸ Ha resultado imposible rescatar de la hemeroteca de sus respectivos periódicos los originales. Sin embargo, de las

en su día por el saliente presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Alexander John Mackenzie Stuart, a *Scotland on Sunday* en 1992: «La independencia dejaría a Escocia y algo llamado “el resto” en la misma situación legal. Si Escocia tiene que solicitar su readmisión, también lo tiene que hacer “el resto”». Igualmente, las de Eamonn Gallagher, ex Director General de Pesca de la Comisión Europea, al dominical *Sunday Herald* el 18 de febrero de 2007: «Escocia y el resto del Reino Unido tienen el mismo derecho a continuar en toda su amplitud en su actual membresía en la UE». En una línea menos categórica, se ha afirmado que «lo más ventajoso para la UE es que ambos Estados siguiesen perteneciendo a ella. Las declaraciones casuísticas y sin fundamento de funcionarios de Westminster y de la Unión Europea que relegan a Escocia a un nuevo estatus solicitante carente de sus derechos preexistentes al amparo del Derecho de la UE, han sido intolerantes expresiones de inseguridad. La naturaleza *sui generis* del caso escocés y su intento por crear falsas simetrías con otras aspiraciones infraestatales en el continente europeo son engañosas»¹²⁹.

mismas se hacen eco diversos sitios web británicos (*vid.* <<http://www.businessforScotland.com/no-campaign-eu-membership-myth-falls-apart/>> y <<https://www.telegraph.co.uk/news/uknews/scotland/8850189/Independent-Scotland--would-have-to-join-the-euro.html>>).

¹²⁹ KAEB, C. y SCHEFFER, D. “Scottish Independence Insta-Symposium: The Legal Terrain Following a Yes Vote for Scottish Independence”, *Opinio Juris*, 2014. Disponible en inglés en <<http://opiniojuris.org/2014/09/15/scottish-independence-insta-symposium-legal-terrain-following-yes-vote-scottish-independence/>>.



La cuestión es que al final ni siquiera los acérrimos defensores de este automatismo pueden negar que un escenario como el que se acaba de presentar pertenece más a lo onírico que a lo real. Por eso, como indica MOLINA ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS¹³⁰ «ante la abundante evidencia en contra, recientemente han optado por admitir que sus informes no son concluyentes, que en realidad nadie sabe lo que pasaría llegado el caso y [lo más que pueden aportar es] que a ellos les parece que políticamente no sería concebible la no continuidad [en la Unión Europea]». En otras palabras, resulta innegable la existencia de determinados «detalles técnicos»¹³¹ que impiden por definición predicar la naturaleza automática de esta operación.

Asumida la exigua probabilidad de que prospere una «ampliación interna» automática de la UE, algunos autores han optado por presentar una versión algo menos naíf —si se nos permite la licencia— de ella, en la que ese automatismo es superado. Como contrapunto, abogan por un proceso marcado por la continuidad en la UE, en tanto que evitación de una salida inmediata de la UE tras la declaración formal de independencia.

b) *Otros argumentos que apuestan por dicha continuidad*

Básicamente, utilizan los precedentes tratados anteriormente¹³² para apelar a un *savoir faire* —ya demostrado en otras ocasiones a su entender— de los Estados miembros y de las Instituciones de la UE que

¹³⁰ MOLINA ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS, I. "Independentismo e integración (...)", *op. cit.*, pág. 11.

¹³¹ *Vid. supra*, nota a pie de página núm. 66.

¹³² *Vid. supra* ap. IV. 1.

permita dejar a un lado la aplicación de los procedimientos de adhesión (49 TUE) y revisión (48 TUE) en pro de otras regulaciones pragmáticas y flexibles que posibiliten la obtención de una solución transitoria¹³³.

En esta línea, PALOMARES AMAT¹³⁴ defiende el recurso a las decisiones de los Jefes de Estado y de Gobierno en el seno del Consejo Europeo para solucionar un problema político de esta envergadura de forma simplificada, transitoria e inmediata mediante un acuerdo unánime de la máxima instancia política de la Unión. Mantiene que «el ámbito material podría limitarse a la aplicación del Derecho de la UE, excluyendo las disposiciones institucionales [y] prorrogando los efectos jurídicos de la aplicación del acervo de la Unión Europea a los nuevos estados hasta la conclusión del [necesario] tratado de adhesión»¹³⁵. Se observa claramente el ánimo de conjugar la manifiesta voluntad de estos Estados de formar parte de la Unión Europea con la solución de las controversias nacidas por la inaplicación de los Tratados que tendría lugar. En este contexto, EDWARD¹³⁶ considera que la

¹³³ PALOMARES AMAT. M. "Las decisiones de los jefes de Estado y de Gobierno, en el seno del Consejo Europeo, como categoría jurídica para regular, transitoriamente, la participación en la Unión Europea de nuevos Estados surgidos de la separación de Estados miembros", *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 17, 2013, págs. 146-183. Idea extraída de la pág. 164.

¹³⁴ *Ibid.*, págs. 174-175.

¹³⁵ *Ibid.* pág. 181.

¹³⁶ EDWARD D. "Scotland and the European Union", *Scottish Constitutional Futures Forum Blog*, 17.XII.2012. Disponible en [en inglés en <https://www.scottishconstitutional futures.org/OpinionandAnalysis/ViewBlogPost/tabid/1767/articleType/ArticleView/artic>](https://www.scottishconstitutional futures.org/OpinionandAnalysis/ViewBlogPost/tabid/1767/articleType/ArticleView/artic)



ciudadanía europea serviría para que Escocia pudiera continuar siendo parte de la UE, al menos de forma transitoria.

Asimismo, también para el caso escocés, AVERY¹³⁷ ha defendido un procedimiento de reingreso simplificado o *fast track*¹³⁸. A su entender, al cumplir por definición el *acquis communautaire* por haber aplicado durante décadas la legislación y políticas de la UE, los trámites podrían verse facilitados enormemente, sin que resultase necesario acudir al procedimiento de adhesión contemplado para los terceros Estados. Resalta la conveniencia de articular una negociación paralela¹³⁹ a la que tuviese lugar internamente entre el Reino Unido y Escocia, de modo que la adhesión a la UE culminase de forma simultánea a la declaración formal de independencia. Proceder de esta forma, recuerda, garantizaría una continuidad en la aplicación del Derecho de la UE tanto a nivel personal como territorial.

[leld/852/David-Edward-Scotland-and-the-European-Union.aspx](http://www.gabilex.es/leld/852/David-Edward-Scotland-and-the-European-Union.aspx)>.

¹³⁷ AVERY, G. "*The foreign policy implications of and for a separate Scotland*", HC 643/17, UK Parliament Publications, October 2012. Disponible en inglés en <<https://publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cmfaff/writev/643/m05.htm>>. El Director General honorario de la Comisión Europea se expresaba así para con la independencia escocesa, contraponiendo el procedimiento allí seguido con el efectuado en Cataluña, como se puede ver en <<http://www.expansion.com/economia/politica/2017/09/28/59cbfedee5fdea2a098b4615.html>>.

¹³⁸ MOLINA ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS, I. "Independientismo e integración (...)", *op. cit.*, pág. 10, nota a pie de página núm. 12.

¹³⁹ También EDWARD, D. "Scotland (...)", *op. cit.*, apuesta por una negociación así.

En una línea muy similar a las anteriores, pero analizando el *procés*, encontramos a BOSSACOMA BUSQUETS¹⁴⁰, quien entiende que «se han contraído y forjado muchas relaciones jurídicas que habrían de comportar, como mínimo, una solución que no significara la salida automática y en bloque de la UE»¹⁴¹. El argumento de la continuidad se apoya nuevamente en el mantenimiento de la ciudadanía europea, pues «parece sensato que los ciudadanos de la UE pudiesen conservar el derecho de ciudadanía europea fruto de una secesión interna, al menos, durante el periodo de tiempo para negociar el nuevo estatus del territorio secesionista»¹⁴².

También se han pronunciado quienes respaldan una continuidad sometida a término como paliativo a una medida que entienden draconiana: la inevitable salida de la UE. Apelando a la altura de miras de las partes concernidas, y con el propósito de evitar perjuicios a Estados miembros, ciudadanos y operadores económicos, RIDAO MARTÍN y GONZÁLEZ BONDIA¹⁴³

¹⁴⁰ BOSSACOMA BUSQUETS, P. *Secesión e integración en la Unión Europea: Cataluña ¿nuevo Estado de la Unión?*, Barcelona, Institut d'Estudis de l'Autogovern, 2017. Pese a ser partidario de un proceso como el defendido por AVERY, asume la más que posible aplicación del art. 49 TUE llegado el caso —*vid.* pág. 54—. Inmerso en este precepto, introduce la posibilidad de que «España no participase en las deliberaciones del Consejo Europeo y del Consejo, pues el conflicto de intereses sería patente», si bien termina por admitir las escasísimas opciones de que pudiera ser así.

¹⁴¹ *Ibid.* pág. 55.

¹⁴² *Ibid.* pág. 82.

¹⁴³ RIDAO MARTÍN J. y GONZÁLEZ BONDIA, A., “La Unión Europea ante (...)”, *op. cit.*, pág. 382. En las págs. 384-385 recopilan otras «soluciones jurídicas posibles y políticamente



consideran «fuera de toda lógica que, en caso de independencia, se estableciera una exclusión con efectos inmediatos, cuando el propio art. 50 del TUE determina que para retirarse de la Unión es menester iniciar negociaciones que podrían alargarse hasta dos años, con vistas a regular la nueva relación mutua y evitar así los perjuicios que tendría una ruptura súbita».

En resumen, la noción común compartida por estos autores es que no nos encontramos ante una adhesión *stricto sensu*, sino ante un supuesto excepcional que requeriría ensayar otros procedimientos. Todos sus argumentos llevan a no aplicar el art. 49 TUE, o a no aplicarlo en toda su previsión y extensión.

C) Argumentos en contra de la continuidad en la pertenencia a la Unión Europea de Escocia como Estado independiente

Frente a quienes apuntan que, al no encontrarse regulada por el Derecho de la UE, la secesión estaría permitida puesto que no está prohibida expresamente, ya vimos que una parte de la doctrina¹⁴⁴ lo justifica en que el territorio de los Estados miembros y sus modificaciones se rigen primero por las normas internas de cada Estado y segundo, en lo relativo al reconocimiento, por el Derecho internacional¹⁴⁵. De una

razonables» enunciadas por distintos autores y que resultan de interés para comprender mejor su postura.

¹⁴⁴ *Vid. supra* ap. IV. 1, nota a pie de página núm. 43.

¹⁴⁵ MANGAS MARTÍN, A. "La secesión de territorios en (...)", *op. cit.*, págs. 53-58 y FREIXES SANJUÁN, T. "Secesión de Estados (...)", *op. cit.*, pág. 40.

forma más sencilla: no se recoge esta posibilidad porque no puede ser regulada por los Tratados.

La principal consecuencia es que la «laguna» advertida por los líderes independentistas y los asesores de quienes se rodean no existe. Con precisión quirúrgica, GALÁN GALÁN¹⁴⁶ sentencia que «para que haya tal laguna no basta con la falta de una disposición que específicamente trate el problema, sino que es necesario, además, que no encuentre solución mediante la aplicación del conjunto de normas del ordenamiento de que se trate». *Ergo*, habría que aplicar el art. 49 TUE en toda su extensión si la voluntad del Estado sucesor es incorporarse a la Unión Europea.

Estos autores rechazan que una Escocia o Cataluña independiente deban recibir un trato privilegiado en su

¹⁴⁶ GALÁN GALÁN, A. "Secesión de Estados y pertenencia a la Unión Europea: Cataluña en la encrucijada", *Istituzioni del Federalismo: Rivista di studi giuridici e politici*, núm. 1, 2013, págs. 95-135. Cita extraída de las págs. 110-111. Disponible en https://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/Rivista_1_2013/Galan.pdf>. Concluye la cita transcrita del siguiente modo: «Lo cierto es que el supuesto que nos ocupa, esto es, la pertenencia a la Unión de un nuevo estado nacido como consecuencia de la secesión de parte de su territorio encuentra su encaje en el art. 49 TUE. Este precepto, efectivamente, regula los requisitos y el procedimiento para la adhesión, en términos muy generales, de "cualquier estado europeo". Para la Unión, el nuevo estado tendrá la consideración de tercer estado o estado no miembro y, en consecuencia, quedará subsumido dentro de esa categoría genérica de "cualquier estado europeo" que debe solicitar su reingreso. Dicho de otra manera, la redacción de esta disposición no da pie a sostener que queden excluidos de su ámbito de aplicación los supuestos de estados nacidos de la secesión de un estado miembro».



adhesión a la UE. En palabras de MANGAS MARTÍN¹⁴⁷: «no habrá “alfombra roja” para quien provoca tamaña crisis». Como bien es sabido, plegarse al acervo comunitario se trata de una condición necesaria pero no suficiente, por lo que no dispensa a un tercer Estado de seguir el procedimiento previsto para la adhesión. De esta forma, la ventaja que reportaría su cumplimiento queda reducida a la mínima expresión. Y todo porque debemos tener presente que «el cumplimiento del *acquis* no es [el] único de los “criterios de Copenhague” y que la mayor parte de estos implica una valoración estrictamente política que solo se puede resolver a través de la unanimidad de todos los Estados»¹⁴⁸. Siguiendo lo que apuntan voces autorizadas¹⁴⁹, sería un absurdo dar por sentado que cualquier parte de un Estado miembro, tras independizarse cumple de por sí, y sin necesidad de mayor constatación, las condiciones exigidas para su adhesión.

El empleo de la ciudadanía europea como *ratio iuris* para asegurar la continuidad del Estado sucesor en la Unión también ha encontrado una oposición frontal¹⁵⁰.

¹⁴⁷ MANGAS MARTÍN, A. “La secesión de territorios en (...)”, *op. cit.*, pág. 65.

¹⁴⁸ MOLINA ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS, I. “Independentismo e integración (...)”, *op. cit.*, pág. 7.

¹⁴⁹ PIRIS, J-C. “La Unión Europea (...)”, *op. cit.*, pág. 123.

¹⁵⁰ Prueba de ello fue la denegación de la Comisión en mayo de 2012 del registro de la iniciativa legislativa ciudadana presentada bajo el título “Fortalecimiento de la participación ciudadana en la toma de decisiones sobre la soberanía colectiva”, que tenía, entre otros, el siguiente objetivo: «Garantizar el mantenimiento de la ciudadanía europea de los ciudadanos europeos de un nuevo estado surgido por un proceso de secesión democrática de una región de un estado miembro de la Unión Europea». El 23 de julio de 2018, en un contexto marcado por el *Brexit*, sí que la Comisión decidió

Se le achaca a este argumento que adolece de ciertas carencias al utilizarse, en la generalidad de los casos, sin reparar en que esta no es originaria, sino que se obtiene derivativamente por ser ciudadano de un Estado miembro (art. 9 TUE y art. 20.1 TFUE) y, por lo tanto, se pierde en caso de independizarse de dicho Estado porque desaparece el nexo del que aquella trae causa¹⁵¹. Así, dejando a un lado los supuestos en que se reconociese la doble nacionalidad —en los casos que tratamos, británica y escocesa o española y catalana— por acuerdos específicos entre los dos Estados concernidos, los ciudadanos de los nuevos Estados independizados carecerían la ciudadanía europea puesto que no gozarían de la nacionalidad de ningún Estado miembro¹⁵².

Oponiéndose a quienes redirigen el debate hacia la imposibilidad de «expulsar» al Estado sucesor porque el

registrar la propuesta de iniciativa legislativa ciudadana “Ciudadanía permanente de la Unión Europea” que «invita a la Comisión a proponer medidas que permitan evitar el riesgo de una pérdida colectiva de la ciudadanía y los derechos de la UE y garantizar a todos los ciudadanos de la UE que, una vez adquiridos, dicho estatuto y tales derechos son permanentes».

¹⁵¹ MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J. “Reflexiones jurídicas (...)”, *op. cit.*, págs. 27-31.

¹⁵² MEDINA ORTEGA, M. “Los ciudadanos europeos y la secesión de territorios en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 25, 2013, págs. 69-86, llega a la misma conclusión: «si una parte del territorio de un Estado miembro se separa de ese estado, sus ciudadanos perderán la condición de “ciudadanos europeos” y carecerán de un estatuto político que legitime la permanencia de esa parte del Estado en el territorio de la UE». Cita extraída de las págs. 84-85. Disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/REDUE/article/view/12625/11824>.



Derecho de la UE solo prevé una salida voluntaria, se ha hecho hincapié que la independencia no es una operación trivial y, en consecuencia, es necesario asumir el coste producido a nivel internacional y europeo. Siendo concisos: la nueva subjetividad internacional del Estado sucesor no atañe una expulsión, ni siquiera una invitación a marcharse, sino la salida *hic et nunc* de la UE. Gráficamente, MANGAS MARTÍN¹⁵³ proclama que «no se expulsa al que está fuera por ser un nuevo estado», pues lo contrario sería tanto como admitir que Escocia o Cataluña pudieran «auto-asignarse una sede en las instituciones»¹⁵⁴, lo que resulta inconcebible en la Unión Europea.

En síntesis, los razonamientos seguidos por estos autores no solo tratan de desmontar la teoría de la «ampliación interna», sino que también critican el *iter* seguido por quienes se inclinan por la continuidad en la UE, aun cuando esta se debiese únicamente a un *impasse*.

D) La postura más ajustada al Derecho de la Unión Europea

Toda vez que queda descartado cualquier automatismo, el debate termina centrándose en qué procedimiento debería seguirse a la hora de afrontar la imprescindible reforma los Tratados para permitir el ingreso en la UE de una región independizada, llámese Escocia, Cataluña o de cualquier otra manera, como nuevo Estado miembro en la Unión Europea. En términos

¹⁵³ MANGAS MARTÍN, A. “La secesión de territorios en (...)”, *op. cit.*, pág. 63.

¹⁵⁴ *Ibid.* pág. 63.

generales¹⁵⁵, quienes apuestan por la continuidad en la UE se remiten al art. 48 TUE, que contempla diferentes procedimientos de revisión de los Tratados, aunque esas revisiones no vengan motivadas por la adhesión de un Estado; y quienes lo hacen por la salida de la UE consideran que el aplicable es el art. 49 TUE ya que precisamente contempla el procedimiento de revisión de los Tratados necesario para la adhesión de un nuevo Estado. En lo que sí coinciden es en que la reforma de los Tratados deviene ineluctable, descartando la prosperidad de la «ampliación interna» automática¹⁵⁶.

Llegados a este punto de nuestra contribución no queda otra que decantarse por una de las posturas analizadas, la cual además consideramos que es la más ajustada al Derecho de la UE. Así, pese a lo sugestivo, en ciertos aspectos, que pueden llegar a ser los argumentos de quienes se posicionan a favor de la continuidad de Escocia, u otra región en una situación equiparable, como Estado miembro independiente en la UE, debemos indicar que esa idea no se comparte.

¹⁵⁵ Para otros planteamientos que no solo se dirigen hacia la aplicación del art. 48 TUE, *vid. supra*, ap. IV.2 B) b).

¹⁵⁶ Pareciera que esta teoría se limita a servir de cebo para acercar con un discurso poco elaborado al paraguas independentista a aquellos que, siendo favorables de una secesión, rehúsan una salida de la UE y se conforman con tibios razonamientos que justificarían la continuidad en ella. Por el contrario, en estadios más avanzados se declina su aplicación, como se ve en BOSSACOMA BUSQUETS, P. *Secesión e integración (...)*, *op. cit.*, págs. 11, 32 y 53 y ss. y en PALOMARES AMAT. M. “Las decisiones de los jefes (...)”, *op. cit.*, pág. 148. También en el libro blanco editado por el Gobierno escocés *Scotland's Future: Your Guide to an independent Scotland* —*vid. supra* ap. III, nota a pie de página núm. 16— en las págs. 220-221.



Para comenzar, no concurren motivos que permitan prescindir de la aplicación del art. 49 TUE, máxime cuando dicho precepto regula precisamente las normas de ingreso de un tercer Estado que busca la adhesión. En consecuencia, deben entenderse descartadas también cualesquiera posibilidades de reingreso simplificado. Ante una independencia que se acompañe de la voluntad de ser miembro de la UE no cabe otra que solicitar la adhesión; y esto se conduce a través del art. 49 TUE y no de otro precepto, por muchos esfuerzos argumentativos que se realicen.

De igual modo, la desproporcionada importancia que se le otorga a la previa aplicación del acervo comunitario merece ser cuestionada. De por sí, el venir aplicando la normativa y disposiciones comunitarias, así como el cumplimiento del resto de condiciones exigidas —por haber sido parte del territorio soberano de un Estado miembro, recuérdese— es un plus respecto a otros Estados candidatos o potenciales candidatos¹⁵⁷. Si finalmente cristaliza en una mayor fluidez en las negociaciones, la precedente aplicación del *acquis* ya habrá supuesto una incuestionable ventaja. No se adivina por qué esta tendría que ser doble y llevarse hasta el punto de evitar la aplicación del art. 49 TUE. Menos si cabe cuando no es realista pensar en un automatismo en la adhesión, por mucho que se

¹⁵⁷ Lo entiende de otro modo GOUNIN, quien considera que «si Escocia o Cataluña se constituyeran en Estados independientes, el sentido común rechazaría tratarlos de igual modo que a Moldavia, Montenegro o Turquía para con su derecho a (re)ingresar en la UE». *Vid.* GOUNIN, Y. "Les dynamiques d'éclatements d'États dans l'Union européenne: casse-tête juridique, défi politique", *Politique étrangère*, núm. 4, 2013, págs. 11-22. Disponible en francés en <<https://www.cairn.info/revue-politique-etrangere-2013-4-page-11.htm>>. Cita extraída de la pág. 20.

cumplan las condiciones, se haya incorporado el acervo al respectivo ordenamiento jurídico y este se aplique, al gozar todos y cada uno de los Estados miembros de discrecionalidad a la hora de emitir su voto¹⁵⁸.

Por otro lado, el discurso que apela insistentemente al pragmatismo, al entendimiento y a la buena fe ha de mirarse con lupa. Estos habrán de estar indudablemente presentes, llegado el caso, pero no son suficientes para guiar por sí solos el curso de las actuaciones que siguen a un proceso de este calibre; y mucho menos cuando ya existen reglas jurídicas que han de aplicarse para el ingreso de un nuevo Estado. Además, la flexibilidad tiene un límite: la unanimidad requerida por los arts. 48 y 49 TUE es ineludible, incluso si se admitiese la «ampliación interna»¹⁵⁹ — salvo que lo pretendido sea una quimera¹⁶⁰—. Igualmente, cabe cuestionar por qué el pragmatismo y la altura de miras deberían aportarse por el Estado predecesor, que no busca la independencia, y por las Instituciones de la UE, que nada tienen que decir al escapar este proceso de sus competencias, pero parece desdibujarse para quienes embarcan a un territorio y a una población en un viaje a la deriva.

¹⁵⁸ También lo considera así MANGAS MARTÍN, A. “Juegos de seducción y proyectos soberanos: Cataluña, Escocia, Quebec”, *Política Exterior*, septiembre, 2014, págs. 92-99. Idea extraída de la pág. 99. Disponible en <<http://aracelimangasmartin.com/wp-content/uploads/2017/02/Juegos-de-seducción-y-proyectos-soberanos-Cataluña-Escocia-Quebec-en-Pol%C3%ADtica-Exterior.pdf>>.

¹⁵⁹ MANGAS MARTÍN, A. “La secesión de territorios en (...)”, *op. cit.*, pág. 60.

¹⁶⁰ *Vid. supra*, ap. IV. 2. B) b), nota a pie de página núm. 83.



Recopilando, consideramos que una vez producida formalmente la independencia, Escocia se habría convertido en un tercer Estado para la UE y su deseo de pertenecer a ella hubiera pasado por solicitar la adhesión a través de unas negociaciones y un procedimiento que difícilmente se hubiera separado del art. 49 TUE. Tal y como se acaba de ver, así lo entiende una parte importante de la doctrina, entre ellos CRAWFORD y BOYLE¹⁶¹ según lo dejaron escrito antes de la celebración del referéndum; así se ha venido sosteniendo, aunque a veces de forma timorata¹⁶², por parte de las Instituciones de la UE en pronunciamientos recientes¹⁶³; y así lo consideramos también en estas líneas.

¹⁶¹ CRAWFORD, J. y BOYLE. A. "Scotland analysis: Devolution and the implications of Scottish independence", UK Government, Cm 8554, February 2013. Disponible en inglés en

<https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/79417/Scotland_analysis_Devolution_and_the_implications_of_Scottish_Independan..._1_.pdf>. El desarrollo de esta postura puede encontrarse en los § 142 y ss. Especialmente, § 152, 153 y 154 del anexo "*Opinion: Referendum on the Independence of Scotland - International Law Aspects*", págs. 64 y ss.

¹⁶² No solo por las escuetas respuestas —*vid. ap. IV. 2. A*)— sino por algunas que otras vacilaciones, como las que se extrajeron, en este caso hablando de Cataluña, de las declaraciones de Viviane Reding, entonces vicepresidenta de la Comisión, al *Diario de Sevilla* en 2012 <https://www.diariodesevilla.es/espana/Cataluna-deba-salir-UE-independiza_0_629637121.html>. Una breve síntesis de cómo se solucionó institucionalmente este *affaire* está en GALÁN GALÁN A. "Secesión de Estados (...)", *op. cit.*, págs. 130-131.

¹⁶³ En esos términos se expresó en 2012 el Sr. Barroso (*vid. <a href="https://www.bbc.com/news/uk-scotland-scotland-politics-*

V. ¿CATALUÑA ES ESCOCIA?

Es de sobra conocido el material propagandístico dirigido a remarcar aquello de que «*Catalonia is not Spain*», soliviantando así al sector independentista. Aunque debatir —y rebatir— esa proclama excede por mucho la finalidad de este trabajo, la hacemos nuestra ahora, introduciéndole ligeras modificaciones, para interrogar si las conclusiones vertidas anteriormente son válidas para Cataluña o si bien existen diferencias¹⁶⁴.

El punto de partida no puede ser otro sino reparar en que ni la Constitución¹⁶⁵ española de 1978 ni las *Acts of Union* de 1707 de los Parlamentos inglés y escocés, mediante las que nació el Reino Unido, reconocen un

[20664907](http://www.parliament.scot/S4_EuropeanandExternalRelationsCommittee/Inquiries/Letter_from_Viviane_Reding_Vice_President_of_the_European_Commission_dated_20_March_2014.pdf)>). Viviane Reding en 2014 se mostraba mucho más tajante (vid. <[http://www.parliament.scot/S4_EuropeanandExternalRelationsCommittee/Inquiries/Letter from Viviane Reding Vice President of the European Commission dated 20 March 2014.pdf](http://www.parliament.scot/S4_EuropeanandExternalRelationsCommittee/Inquiries/Letter_from_Viviane_Reding_Vice_President_of_the_European_Commission_dated_20_March_2014.pdf)>).

¹⁶⁴ *N.B.*: no es objeto de este trabajo analizar los antecedentes del *procés*. Para ello, nos remitimos a GALÁN GALÁN A. "Secesión de Estados (...)", *op. cit.*, págs. 95-104 y PONS RAFOLS, X. "Legalidad internacional (...)", *op. cit.*, págs. 6-16. Por su parte, desde los acontecimientos de octubre de 2017 en Cataluña discurre GONZÁLEZ VEGA, J.A. "Escolta món: La «dimensión exterior» del *procés* desde la perspectiva del Derecho Internacional y Europeo", 2018.

¹⁶⁵ Claro que siempre habrá quien, como el Prof. Alfred-Maurice de Zayas, considere nuestra visión como positivista y estatuya que «el problema no es que el referéndum sea contrario a la Constitución [española] sino que la Constitución sea contraria al Derecho internacional y al sentido común» (vid. <https://www.eldiario.es/catalunya/Alfred-Zayas-independiente-ONU-Bruselas_0_691881045.html>).



derecho unilateral a la separación de una parte de sus territorios soberanos. Pero más allá de esta crucial semejanza, no son pocas las diferencias existentes. Sobre todo, en la conducción del proceso soberanista en un territorio y otro. Por ejemplo, los capciosos argumentos del SNP han sufrido una frontal oposición por parte del Gobierno británico. Buena prueba de ello es el recurso al informe de CRAWFORD y BOYLE, quienes presentaron nítidamente las implicaciones de la independencia escocesa, evitando que una parte de la población cayese en el engaño de alambicadas construcciones que garantizaban lo que, sencillamente, era imposible. También es digno de mención el tratamiento que el Gobierno del Reino Unido ha dado a las reivindicaciones independentistas llegadas desde Escocia. El referendo fue aceptado, pactado sobre una pregunta única, directa y simple, y dotado de carácter vinculante para evitar un «*neverendum*» o «referéndum de nunca acabar»¹⁶⁶. Como se puede intuir, nuestro ánimo es el de insistir en las peculiaridades circundantes al referéndum escocés. Concretamente, en su carácter paccionado y vinculante fruto de los acuerdos entre los Gobiernos de Holyrood y Westminster. Este es el factor diferencial con respecto a cualquier otro proceso de naturaleza idéntica o similar que quiera asemejarse hasta la fecha¹⁶⁷, incluyendo, por supuesto, el *procés*.

Mientras que en Escocia el cariz que tomaron los acontecimientos fue el descrito en las páginas iniciales

¹⁶⁶ LÓPEZ BASAGUREN, A. "Escocia: El referéndum sobre la independencia y la propuesta de reforma de la *Devolution*", Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 104, 2015, págs. 135-167. El término aparece en la pág. 137.

¹⁶⁷ A excepción del referéndum de Nueva Caledonia. *Vid. infra* ap. VI.

de este trabajo, en Cataluña los promotores de la secesión se veían cada vez más alentados a seguir adelante con su ideario rupturista marcado por la unilateralidad. Quizás por ello, justificándose en acontecimientos como una manifestación multitudinaria¹⁶⁸, se arrogaron la legitimidad democrática necesaria para afrontar las siguientes etapas del *procés*. En parte, pudieron verse espoleados al advertir la ausencia de una estrategia decidida y contundente por parte de las autoridades españolas para encauzar la situación. Como advertía MANGAS MARTÍN¹⁶⁹ años antes de los acontecimientos de octubre de 2017, no había una voluntad desde Moncloa de afrontar la realidad y de evitar a través del diálogo y de las reformas necesarias que se produjese una secesión. A ello debemos añadir que tampoco puede entenderse que existiera una adecuada altura de miras¹⁷⁰ encaminada a solventar el proceso soberanista en lugar de acrecentarlo.

Como es sabido, la existencia de un Estado es una cuestión *de facto*, una realidad política y sociológica que de constatarse y consumarse produce el nacimiento del Estado en cuestión¹⁷¹. Conocedores de esto, los impulsores de la secesión de Cataluña se centraron en la internacionalización del *procés* mediante una ladina cuasi diplomacia¹⁷². La estrategia parece que se orientó a ganar previamente los

¹⁶⁸ GALÁN GALÁN A. "Secesión de Estados (...)", *op. cit.*, págs. 97-100.

¹⁶⁹ MANGAS MARTÍN, A. "Juegos de seducción (...)", *op. cit.*, pág. 96.

¹⁷⁰ PONS RAFOLS, X. "Legalidad internacional (...)", *op. cit.*, pág. 14.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² GONZÁLEZ VEGA, J.A. "Escolta món: La «dimensión (...)", *op. cit.*, pág. 8.



suficientes apoyos en la comunidad internacional para convertir a Cataluña en un nuevo Kosovo, en tanto que se pudiera constituir en Estado a través de una «*sécession-remède*». Obviamente no vamos a entrar en este momento en lo obscuro que resulta intentar equiparar un territorio y otro ni tampoco en las insultantes diferencias existentes. No obstante, sí hemos de indicar una sutil pero trascendental disimilitud: Cataluña no contaba —hasta donde sabemos— con un «Plan Ahtisaari», así como tampoco con una UE cuyas Instituciones se hayan mostrado partidarias de su independencia, como sí ocurrió con Kosovo¹⁷³. En estas condiciones el resultado no podía ser sustancialmente distinto al que finalmente tuvo lugar: la proclamación de una República Catalana —perspicazmente suspendida a los diez segundos— sin ningún reconocimiento internacional a fecha de hoy.

Si es cierto que «el *procés* fiaba buena parte de su futuro a los presumibles logros de una bien trabada labor de proyección exterior del mismo»¹⁷⁴, resulta notorio que esa proyección no era lo suficientemente madura como para proclamar una República Catalana.

¹⁷³ Una excelsa y rigorista contribución a la controvertida independencia de Kosovo es la de MANGAS MARTÍN, A. “Kosovo y Unión Europea: una secesión planificada”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 63, núm. 1, 2011, págs. 101-123. Disponible en <https://eprints.ucm.es/30338/1/REDI%202011-1_KOSOVO%20Mangas_Martin%20of.pdf>. Asegura que las Instituciones de la UE han contribuido activamente a la independencia de Kosovo mediante diversas actuaciones y que han venido tratándolo, pese a no reconocerlo, como un Estado antes y después de la declaración unilateral de independencia del 17 de febrero de 2008.

¹⁷⁴ GONZÁLEZ VEGA, J.A. “*Escolta món*: La «dimensión (...)»”, *op. cit.*, pág. 9.

Tras analizar los acontecimientos solo queda sospechar que sus gabinetes manejaban otros estudios e informes que les invitaron a ser excesivamente optimistas de cara a la obtención de algún reconocimiento internacional. O quizás su as debajo de la manga era que la respuesta del Estado español el 1 de octubre de 2017 fuese de una violencia y represión¹⁷⁵ capaz de crear una *cause célèbre* que legitimase la «secesión como remedio». Sea como fuere, lo cierto y verdad es que para que el nonato Estado catalán pudiera entra en la Unión Europea antes que nada debería ser reconocido por algún miembro de la comunidad internacional. A este respecto, recuerda FREIXES SANJUÁN¹⁷⁶ que «la Unión, como queda meridianamente claro en el art. 1 del TUE vigente y a lo largo de todo el Tratado de Lisboa (TUE y TFUE), es una unión de Estados y se es Estado no cuando se quiere, sino cuando se puede a tenor de la Carta de las Naciones Unidas». Por ello, vistas las circunstancias, no se alcanza a comprender la premura¹⁷⁷ en el proceder

¹⁷⁵ Podría entenderse que la altura de miras carente en determinados momentos por las autoridades españolas sí estuvo presente, en cierta medida, en la gestión que se hizo de los acontecimientos de ese día. Por supuesto, habrá quien opine que se fue muy laxo al entender que se trataba de un golpe de Estado, como también quien sostenga que esa brutalidad sí existió.

¹⁷⁶ FREIXES SANJUÁN, T. "Secesión de Estados (...)", *op. cit.*, pág. 30.

¹⁷⁷ Considera PIRIS que «una entidad que se declare a sí misma, de forma unilateral, Estado independiente, vulnerando flagrantemente el Derecho constitucional que le sea aplicable no cumpliría el requisito básico del art. 49 TUE consistente en respetar los valores del art. 2 TUE entre los que se encuentra el "Estado de Derecho" [...] por lo que los Estados miembros estarían legalmente obligados a negarse a



de los dirigentes secesionistas, especialmente si lo que buscaban en último término era la continuidad en la Unión Europea. Y eso que no eran ajenos a estas consideraciones, ya que asumían como una complicación añadida para la permanencia que la independencia se produjese por una secesión unilateral, prematura y con un apoyo democrático cuestionable¹⁷⁸.

Ahora bien, no estamos en disposición de negar tajantemente que pueda llegar día en que la situación cambie y esa República Catalana proclamada el 27 de octubre de 2017 disfrute de cierto reconocimiento ora por convencer a algún integrante de la comunidad internacional, ora por motivos geopolíticos. Incluso quién sabe si un cambio muy drástico de las circunstancias podría provocar que una interpretación formal y estricta de los Tratados como la que venimos defendiendo fuese políticamente contraproducente para algunos Estados miembros ante una severa variación de intereses mutuos. En ese caso, como indica MOLINA ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS¹⁷⁹ «un veto o una posición muy poco constructiva durante las negociaciones de reingreso tendrían tal vez que enfrentarse a los poderosos deseos de una mayoría de Estados miembros o de las instituciones europeas». Por el contrario, lo que sí podemos afirmar con rotundidad es que para masticar primero hay que tener dientes; y para que esos «poderosos deseos» se proyectasen, primero habría que gozar de algún reconocimiento internacional, luego que este fuese de un Estado

reconocer [a Cataluña]». PIRIS, J-C. "La Unión Europea (...)", *op. cit.*, págs. 112 y 118.

¹⁷⁸ BOSSACOMA BUSQUETS, P. *Secesión e integración (...)*, *op. cit.*, pág. 58.

¹⁷⁹ MOLINA ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS, I. "Independentismo e integración (...)", *op. cit.*, pág. 11.

miembro y, por último, que se contagiase a una mayoría capaz de doblegar el más que previsible veto de España. Mientras tanto, a la espera de que este hipotético —y para los secesionistas, idílico— momento arribe, no queda otra que aseverar que la independencia de parte del territorio de un Estado miembro supone la salida de este de la UE.

Finalmente, para un correcto entendimiento de lo que venimos defendiendo en este trabajo, debemos recordar que el artículo 4.2 TUE muestra una posición neutral de la Unión en relación con el proceder de los Estados que la componen y también en lo referente a sus estructuras políticas y constitucionales de carácter fundamental. Significa esto que nada tendría que objetar la Unión a una independencia producida en el marco de la legalidad interna¹⁸⁰ —como podría haber sido la de Escocia— y, en consecuencia, la misma no tendría por qué repercutir negativamente¹⁸¹ de cara a un posterior ingreso en la Unión Europea.

¹⁸⁰ Gráficamente, MOLINA ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS, I. “Independentismo e integración (...)”, *op. cit.*, pág. 11, concluye: «la duda reside en saber si los actores más importantes que componen la UE [...] tienen una posición política sobre la cuestión que ayude o dificulte ese rápido reingreso. La respuesta depende de las circunstancias [...] y es posible que el caso escocés o el catalán pueden servir como dos buenos ejemplos casi paradigmáticos que hacen inclinar ese “depende” político más bien hacia un lado (positivo en Escocia) o hacia otro (negativo en Cataluña)».

¹⁸¹ Así lo quiso hacer ver el Gobierno de Rajoy en el supuesto de que Escocia llegase a independizarse, en un claro intento de señalar las sustanciales diferencias con el supuesto de Cataluña (vid.

<<https://www.efe.com/efe/espana/portada/dastis-dice-que-si-escocia-fuera-independiente-seria-un-candidato-mas-para->



Para cerrar el círculo, volvemos por un instante a la pregunta que rotula este apartado. Respondiendo a la misma, debemos aseverar que «no», que Cataluña no es Escocia. Aunque si el objetivo es la pertenencia a la Unión Europea, quizás le interesaría serlo.

VI. UN BREVE COMENTARIO PROSPECTIVO ACERCA DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN

El caso escocés pudo haberse convertido en un precedente histórico que arrojase luz sobre este asunto. No obstante, los votantes rechazaron la independencia y se privó al resto de socios de conocer qué respuesta hubiera articulado la Unión de haber ganado el «sí». No quiere decirse en absoluto que lo deseable hubiera sido el resultado contrario, por más que no pueda obviarse que sí habría sido mucho más aclaratorio de cara a las cuestiones que en este trabajo se tratan, ya que nos hubiera brindado la oportunidad de conocer los *facta* y no solo los *verba* de las Instituciones de la UE y de sus Estados miembros.

En ausencia de esos hechos, debemos prestar más atención si cabe a otros puntos del globo terráqueo. Casuísticamente, merecen ser seguidos con atención, además de Cataluña, otros tres supuestos en la Unión

ingresar-en-la-ue/10010-3221170>). Como también se posicionó el SNP aclarando en su día que su eventual independencia no sentaría ningún precedente para Cataluña. Aunque como indica LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, C. "La secesión de territorios (...), *op. cit.*, pág. 18: «si bien parece existir otra motivación subyacente como es la de evitar un posible veto de España a su eventual adhesión a la UE».

Europea —que no en Europa¹⁸²—, los cuales comparten como punto de conexión la pretendida independencia de parte del territorio de un Estado miembro:

- i. El cada vez más improbable segundo referéndum¹⁸³ para decidir acerca de la independencia de Escocia. Si bien, en caso de acontecer finalmente, sería después del *Brexit* y, por lo tanto, el Derecho de la UE será ajeno a todo ello.
- ii. El referéndum para la aprobación de la nueva Constitución de las Islas Feroe¹⁸⁴. Se pretende que esta incluya el derecho a la autodeterminación por parte del pueblo feroés y someta a consulta pública la conveniencia de un estatuto que proporcione mayores cotas de independencia respecto de Dinamarca. Previsto inicialmente para el 25 de abril de 2018, ha sido pospuesto sin nueva fecha debido a la falta de consenso en la preparación del borrador de la carta magna.

¹⁸² Otras regiones geográficamente europeas con grandes tensiones secesionistas son: Abjasia, Gagauzia, Nagorno-Karabaj, Osetia del Sur, la República de Srpska o Transnistria. De hecho, como indica PONS RAFOLS, X., "Legalidad internacional (...)", *op. cit.*, pág. 34, la gran mayoría de ellas se encuentra en un «limbo jurídico».

¹⁸³ Ya no solo por el carácter vinculante y la cercanía temporal del referéndum de 2014, sino también debido al desplome del SNP en las elecciones generales del Reino Unido en junio de 2017. La postura mantenida por el partido de Sturgeon de celebrar ese nuevo referéndum a corto plazo parece haber quedado en un segundo plano ante la evidente falta de apoyo.

¹⁸⁴ *Vid.* <<http://www.government.fo/news/news/referendum-on-faroese-constitution-to-be-held-on-25-april-2018/>>.



- iii. Finalmente, el 4 de noviembre de 2018 tendrá lugar el referéndum para la plena soberanía e independencia de Nueva Caledonia, territorio francés de ultramar, en cumplimiento del Acuerdo de Numea¹⁸⁵, firmado el 5 de mayo de 1998 y ratificado el 8 de noviembre del mismo año, que preveía la celebración de esta consulta en un periodo máximo de veinte años.

Pese a todo, ninguno ofrece respuestas útiles a las preguntas que aquí nos planteamos puesto que, en Escocia, de suceder, sería cuando el Reino Unido tenga la consideración de tercer Estado para la Unión Europea; en las islas Feroe no resultan de aplicación los Tratados según el art. 355.5.a) TFUE; y finalmente, el referéndum caledonio se enmarca en un proceso de descolonización iniciado con los Acuerdos de Matignon-Oudinot¹⁸⁶ de junio y agosto de 1988 y, en fin, la permanencia del archipiélago en la Unión Europea no se contempla.

Atendiendo al escenario que observamos, no es disparatado contemplar una futura UE-30 o UE-32 en la que una Escocia independiente o cualquier otra región de la Unión tuviera cabida. Eso sí, descartar una

¹⁸⁵ Disponible en francés en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000555817>.

¹⁸⁶ Disponible en francés en http://www.mncparis.fr/uploads/accords-de-matignon_1.pdf. Reseñas históricas de este y del Acuerdo de Numea se encuentran, también en francés en https://histoire-geo.ac-noumea.nc/IMG/pdf/les_accords.pdf y <https://www.ac-noumea.nc/spip.php?article636>.

«Europa de noventa países»¹⁸⁷ muestra claramente la postura de las Instituciones de la UE, las cuales reafirman su compromiso de derribar fronteras y no de crearlas. Es decir, no se antoja viable que las regiones europeas con pretensiones secesionistas puedan pilotar una balcanización de la Unión Europea, y menos aún con la intención de permanecer en ella. Lo contrario sería obviar que los Estados, y no las regiones¹⁸⁸, son los «*Herren der Verträge*».

¹⁸⁷ En estos términos se pronunció Jean-Claude Juncker, presidente de la Comisión Europea (vid. <<http://www.europapress.es/nacional/noticia-juncker-descarta-mediacion-ue-cataluna-avisa-no-quiere-europa-formada-90-paises-20171013120034.html>>).

¹⁸⁸ Aceptar la postura de quienes afirman la continuidad de Escocia o Cataluña en la Unión Europea como nuevos Estados miembros sin atenerse al procedimiento del art. 49 TUE sería tanto como admitir que los Estados no son los dueños de los Tratados, sino que estos se encuentran a merced del querer de las regiones cuando, como puntualiza MANGAS MARTÍN, A. “La secesión de territorios en (...)”, *op. cit.*, pág. 65, «la gobernabilidad y la prosperidad de Europa no la garantizarán las casi 300 regiones europeas». También LINDE PANIAGUA, E., “La Unión Europea (...)”, *op. cit.*, pág. 14, se ha mostrado crítico con esta postura: «Claro está, pueden existir quienes vean en la secesión de territorios de Estados miembros el inicio de una nueva Unión, la Unión de las regiones, integrada por más de un centenar de estados. Pero dicho proyecto no sería otra cosa que la liquidación del proyecto actual que desembocaría en una zona de libre cambio; incapaz de enfrentar los retos que en todos los órdenes tenemos las sociedades y los ciudadanos europeos».



VII. CONCLUSIONES

Lo expuesto en las páginas precedentes nos dirige hacia las siguientes consideraciones finales:

- i. La victoria del SNP en 2007 aceleró la celebración de un referéndum para decidir acerca de la independencia de Escocia. Desde ese año hasta su celebración en 2014 la conducción del desafío independentista por parte de las autoridades británicas puede considerarse ejemplar por el rigor y la seriedad con que se afrontó. Singularmente, esto puede advertirse en su carácter pactado y vinculante y en los esfuerzos invertidos en analizar de forma nítida las implicaciones de la independencia escocesa.
- ii. El resultado, contrario a esa independencia, impidió conocer cómo hubieran actuado las Instituciones de la UE y los Estados miembros. En consecuencia, las líneas de actuación estudiadas en estas páginas se han tenido que extraer atendiendo a los pronunciamientos y a la regulación prevista en los Tratados.
- iii. La ausencia de precedentes en esta materia ha animado a determinados partidos políticos en Escocia y Cataluña a afirmar que existe una «laguna» en los Tratados que les permitiría continuar en la Unión Europea como Estados independientes. Algunos hablan de que esa continuidad se materializaría mediante una «ampliación interna», que incluso operaría de forma automática gracias al estatuto de la ciudadanía europea y los derechos que este confiere. Otros descartan ese automatismo y apuestan por opciones diferentes, como un reingreso simplificado, una permanencia transitoria que evitase los perjuicios de una

- salida repentina o la articulación en nombre del pragmatismo y de la buena fe de algún procedimiento *sui generis*.
- iv. De los pronunciamientos institucionales y de la letra de los Tratados solo cabe entender que la independencia de Escocia hubiera conllevado su salida de la UE. No existe esa «laguna» que permita la continuidad. Llegado el caso, si se pretendiese la adhesión, el camino que ha de seguirse es meridianamente claro, y no es otro que el del art. 49 TUE.
 - v. Trasladando lo anterior al *procés*, vemos que nada hace alterar nuestras conclusiones. Al igual que Escocia, Cataluña quedaría fuera de la UE. Es más, ha de afirmarse que la secesión unilateral acontecida, quebrantando la legalidad interna, y la absoluta carencia de reconocimientos por parte de comunidad internacional dejan a Cataluña en una situación notoriamente más desfavorable que la de Escocia de cara a sus aspiraciones de pertenecer a la Unión Europea.
 - vi. Existen actualmente otros supuestos en los que se plantea la independencia de una parte del territorio de un Estado miembro. Sin embargo, ninguno nos permite obtener una respuesta trasladable a las cuestiones tratadas en este trabajo.

Como conclusión última no queda sino señalar que, aunque el triunfo del «sí» en el referéndum de Escocia habría sido notablemente más esclarecedor para con el Derecho de la UE, la multiplicidad de matices existentes en un proceso de secesión conlleva la imposibilidad de dar dos respuestas idénticas. Cada supuesto futuro que podamos imaginarnos es susceptible de traer consigo cuestiones distintas a las aquí tratadas, lo que,



lógicamente, requeriría soluciones diferentes a las ofrecidas. Por suerte, no todo está escrito aún.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., GARZÓN CLARIANA, G., MANGAS MARTÍN, A., PONS RAFOLS, X., REMIRO BROTONS, A., DEL VALLE GÁLVEZ, A. y ARENAS GARCÍAS, R. "Declaración sobre la falta de fundamentación en el Derecho Internacional del referéndum de independencia que se pretende celebrar en Cataluña", *Revista de Derecho Internacional*, vol. 70, núm. 1, 2018, págs. 295-298.

AVERY, G. "*The foreign policy implications of and for a separate Scotland*", HC 643/17, UK Parliament Publications, October 2012.

BENGOETXEA CABALLERO, J. "El derecho a decidir. Un planteamiento desde la teoría del Derecho Internacional", *Iura Vasconiae*, núm. 12, 2015, págs. 339-361.

BOSSACOMA BUSQUETS, P. *Secesión e integración en la Unión Europea: Cataluña ¿nuevo Estado de la Unión?*, Barcelona, Institut d'Estudies de l'Autogovern, 2017.

CARRILLO SALCEDO, J.A. "Sobre el pretendido «derecho a decidir» en Derecho Internacional contemporáneo", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 33, 2013, págs. 20-22.

CRAWFORD, J. y BOYLE. A. "Scotland analysis: Devolution and the implications of Scottish

independence", UK Government, Cm 8554, February 2013.

DORREGO DE CARLOS, A. "El referéndum sobre la independencia de Escocia", Cuadernos de pensamiento político, FAES, núm. 34, abril-junio 2012, págs. 85-121.

EDWARD D. "Scotland and the European Union", Scottish Constitutional Futures Forum Blog, 17.XII.2012.

FERNÁNDEZ TOMÁS, A.F., SÁNCHEZ LEGIDO, Á., ORTEGA TEROL, J.M., FORCADA BARONA, I., MARTÍNEZ CARMENA, M. y BALLESTEROS MOYA, V. *Curso de Derecho Internacional Público*, 1.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

FREIXES SANJUÁN, T. "Secesión de Estados e integración en la Unión Europea. A propósito del debate sobre la permanencia en la Unión de Escocia y Cataluña como Estados segregados del Reino Unido y España", Revista Jurídica de Catalunya, núm. 2, 2014, págs. 297-329.

GALÁN GALÁN, A. "Secesión de Estados y pertenencia a la Unión Europea: Cataluña en la encrucijada", Istituzioni del Federalismo: Rivista di studi giuridici e politici, núm. 1, 2013, págs. 95-135.

GONZÁLEZ VEGA, J.A. *Escolta món: La "dimensión exterior" del procés desde la perspectiva del Derecho Internacional y Europeo*, 2018.

GOUNIN, Y. "Les dynamiques d'éclatements d'États dans l'Union européenne: casse-tête juridique, défi



politique", *Politique étrangère*, núm. 4, 2013, págs. 11-22.

HAPPOLD, M. "Scotland Europa: independence in Europe?", *Centre for European Reform*, 1999.

KAEB, C. y SCHEFFER, D. "Scottish Independence Insta-Symposium: The Legal Terrain Following a Yes Vote for Scottish Independence", *Opinio Juris*, 2014.

LINDE PANIAGUA, E. "La Unión Europea sigue siendo la solución", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 25, 2014, págs. 13-20.

LÓPEZ BASAGUREN, A. "Escocia: El referéndum sobre la independencia y la propuesta de reforma de la *Devolution*", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 104, 2015, págs. 135-167.

LÓPEZ BASAGUREN, A. "La independencia de Escocia en la Unión Europea. Los efectos de la secesión de territorios en la UE entre política y derecho", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33, 2016, págs. 69-98.

LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, C. "La secesión de territorios no coloniales y el soberanismo catalán", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 26, 2013.

MANGAS MARTÍN, A. "Kosovo y Unión Europea: una secesión planificada", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 63, núm. 1, 2011, págs. 101-123.

MANGAS MARTÍN, A. "La secesión de territorios en un Estado miembro: efectos en el Derecho de la Unión Europea", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 25, 2013, págs. 47-67.

MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 9.^a ed., Madrid, Tecnos, 2016.

MANGAS MARTÍN, A. "Juegos de seducción y proyectos soberanos: Cataluña, Escocia, Quebec", *Política Exterior*, septiembre, 2014, págs. 92-99.

MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J. "Reflexiones jurídicas a propósito de una eventual declaración unilateral de independencia de Cataluña: un escenario político jurídicamente inviable", Real Instituto Elcano, 2015.

MATAS i DALMASES, J., GONZÁLEZ BONDIA, A., JARIA i MANZANO, J. y ROMÁN i MARTÍN, L. "L'ampliació interna de la Unió Europea. Anàlisi de les conseqüències juridicopolítiques per a la Unió Europea en cas de secessió o de dissolució d'un estat membre", Fundació Josep Irla, Barcelona, 2010.

MEDINA ORTEGA, M. "Los ciudadanos europeos y la secesión de territorios en la Unión Europea", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 25, 2013, págs. 69-86.

MOLINA ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS, I. "Independentismo e integración europea (I): la imposible adhesión automática a la UE de un territorio secesionado", ARI 80/2012 Real Instituto Elcano, 2012.

MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.) *Libro de Estilo de la Justicia*, 1.^a ed., Espasa, Barcelona, 2017.

ORTEGA TEROL, J.M. *El desmembramiento de Estados en la Europa de fin de siglo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.



PALOMARES AMAT, M. "Las decisiones de los jefes de Estado y de Gobierno, en el seno del Consejo Europeo, como categoría jurídica para regular, transitoriamente, la participación en la Unión Europea de nuevos Estados surgidos de la separación de Estados miembros", *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 17, 2013, págs. 146-183.

PIERNAS LÓPEZ, J.J. "100 años de libre determinación de los pueblos. La evolución del principio", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 32, 2016, págs. 259-295.

PIRIS, J-C. "La Unión Europea, Cataluña y Escocia (Cuestiones jurídicas sobre las recientes tendencias secesionistas en los Estados Miembros de la UE)", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 37, 2016, págs. 101-134.

PONS RAFOLS, X. "Legalidad internacional y derecho a decidir", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 27, 2014.

RIDAO MARTÍN J. y GONZÁLEZ BONDIA, A., "La Unión Europea ante la eventual creación de nuevos Estados surgidos de la secesión de Estados miembros", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núms. 27 y 28, 2014 y 2015, págs. 363-390.

SALA i MARTÍN, X. *És l'Hora dels Adéus*, Rosa del Vents, Barcelona, 2014.

SOROETA LICERAS, J.F. "El derecho a la libre determinación de los pueblos en el siglo XXI: entre la realidad y el deseo", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, núm. 1, 2011, págs. 451-502.

**“INTEGRACIÓN DE MEDIOS EXTERNOS:
EVOLUCIÓN Y REQUISITOS.
DIFERENCIAS CON LA
SUBCONTRATACIÓN. PRÁCTICAS
COLUSORIAS.”**

“INTEGRATION OF EXTERNAL MEANS: EVOLUTION
AND REQUIREMENTS. DIFFERENCES WITH
SUBCONTRACTING. COLLUSIVE PRACTICES.”

Victoria Eugenia Morín Luna

Letrada del Área de Contratación Pública del
Ayuntamiento de Eivissa, Illes Balears, del Consorcio
Eivissa Patrimonio de la Humidad, Patronato Municipal
de Deportes, Patronato Municipal de Música

Resumen: El presente trabajo se centra en la evolución del concepto de la integración de medios externos para acreditar la solvencia en los contratos que les sea exigido por Ley, así como una crítica a la falta de regulación en la Ley 9/2017, de 8 noviembre de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) en cuanto a posibles cesiones de los contratos, o bien en la falta de regulación relacionada entre las figuras de la integración de medios externos y la subcontratación y la diferencia entre ambas figuras. Por último, se hace



mención a posibles prácticas colusorias en la integración de medios externos.

Abstract: The present work focuses on the evolution of the concept of integration of external resources to prove the solvency of the contracts required by law, as well as a criticism of the lack of regulation in Law 9/2017 on november 8 of Contracts of the Public Sector (onwards LCSP), regarding possible assignments of contracts, or in the lack of related regulation between the figures of the integration of external resources and the subcontracting and the difference between both figures. Finally, mention is made of possible collusive practices in the integration of external media.

Palabras clave: integración medios externos en Unión Europea y en España, diferencias subcontratación, prácticas colusorias.

Key words: Integration of external media in European Union and Spain, differences with subcontracting, collusive practices.

SUMARIO: 1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA FIGURA DE LA INTEGRACION DE MEDIOS EXTERNOS.- 1.1 Regulación de la solvencia en el ordenamiento jurídico interno del Estado español en la actualidad.- 1.2 Incumplimiento del Derecho comunitario por parte del Estado español: ausencia de regulación de solvencia en transposiciones anteriores.- 1.3 Concepto de la integración de medios externos: origen.- 1.4 Diferencias entre la regulación de integración de medios externos: Directiva 2004/2018/CE y Directiva 2014/24/CE.- 2. REQUISITOS Y LÍMITES DE LA INTEGRACIÓN DE MEDIOS EXTERNOS.- 2.1 Límites

previstos en la jurisprudencia del TJUE.- 2.2 Prácticas colusorias en la integración de medios externos.- 2.3 Primer informe sobre contratación pública española en 2017 de la Junta Consultiva de Contratación estatal: sobre la integración de medios externos.- 3. DIFERENCIA ENTRE LA INTEGRACIÓN DE MEDIOS EXTERNOS Y LA SUBCONTRATACIÓN.- 4. CONCLUSIONES.

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA FIGURA DE LA INTEGRACION DE MEDIOS EXTERNOS.

1.1 Regulación de la solvencia en el ordenamiento jurídico interno del Estado español en la actualidad.

De otro lado el artículo 74 de la LCSP regula la obligación de los empresarios de acreditar las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica para poder celebrar contratos con el sector público.

No obstante lo anterior, a día de hoy no será exigible al contratista que acredite dicha solvencia (económica o técnica) en adjudicación de contratos de obras con valor estimado inferior a ochenta mil euros, ni a los de valor estimado de menos de treinta y cinco mil euros para los contratos de servicios o suministros de acuerdo con el artículos 159.6 de LCSP y el artículo 11 del Real decreto 1098/2001 12 octubre que regula el Reglamento general de Ley de Contratos de las Administraciones públicas en lo que siga vigente, modificado por el Real decreto 773/2015 28 agosto. Los



contratos que no alcancen o superen este valor no les será exigible solvencia alguna al contratista.

A pesar que el artículo 118 de la LCSP no recoja nada al respecto, se debe entender que tampoco será exigible al contratista solvencia (financiera o técnica) respecto de contratos menores, esto es obras de valor estimado inferior a cuarenta mil euros o servicios y suministros inferior a quince mil euros.

Respecto a la clasificación, que sustituye los medios de acreditación de solvencia entre otros, únicamente será exigible al contratista en contratos de obras de valor estimado de igual o superior a quinientos mil euros de acuerdo con el artículo 69 y 77 de LCSP. No obstante, a pesar de darse el requisito cuantitativo para exigir la clasificación en obras, estarán exentos, de encontrarse clasificados, los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, ya concurran al contrato aisladamente o integrados en una unión, sin perjuicio de la obligación de acreditar su solvencia según los artículos 69 y 78 de LCSP.

Los medios de solvencia y requisitos mínimos se encuentran regulados en los artículos 87 a 92 de LCSP y, en su caso, el artículo 11 RD 1098/2001 12 octubre tanto para los contratos de obras, como de servicios y suministros. Si bien, para todos los tipos de contratos, la solvencia económica y financiera del empresario puede acreditarse por uno o varios de los medios previstos en el artículo 87, a elección del órgano de contratación y según se recojan uno o varios medios en los pliegos de cláusulas administrativas generales o particulares, salvo la exigencia de seguro de responsabilidad de riesgos profesionales únicamente

exigible en pliegos para contratos objeto de servicios profesionales.

En cambio la solvencia técnica-profesional varían los medios a exigir su acreditación según el objeto del contrato.

Por ejemplo, la experiencia profesional del contratista, o la indicación del personal técnico o unidades técnicas, integradas o no en la empresa, de los que se disponga para la ejecución del contrato, o la descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa, es posible exigir, uno o varios, como medios de solvencia para todo tipos de contratos. En cambio únicamente en el contratos de obras o servicios se podrá exigir como medio de solvencia técnica-profesional la indicación y aportación de títulos académicos y profesionales del empresario y de los directivos de la empresa y, en particular, del responsable o responsables de las obras así como de los técnicos encargados directamente de la misma, siempre que no se evalúen como un criterio de adjudicación.

Como luego veremos, esta última cuestión es importante respecto a la diferencia de posibles integraciones de capacidades de otras entidades para acreditar la solvencia del contratista, de los contratos de obras y servicios respecto del de suministros; así como de la limitación de los medios a integrar en pliegos respecto a cada tipo de contrato. De partida ya vemos que en el contrato de suministro es diferente.



1.2 Incumplimiento del Derecho comunitario por parte del Estado español: ausencia de regulación de solvencia en transposiciones anteriores.

Si bien a pesar de las exigencias legales actuales para contratar con el Sector Público, éstas no fueron exigidas en el artículo 4 del Decreto 923/1965 que aprueba el Texto Articulado de Ley de Contratos del Estado (BOE núm.97, de 23 abril de 1965), si no que fueron treinta años más tarde cuando se comenzó a solicitar la acreditación de la solvencia a los empresarios que contratasen con las Administraciones públicas (ahora Sector Público); esto es según el artículo 15 de la Ley 13/1995 que derogó el Decreto 923/1965 y por el que “traspuso” incorrectamente las Directivas 77/62/CEE y 71/305/CEE y 92/50/CEE.

1. No era exigido el requisito de la solvencia a empresarios en España no porque no estuviese regulado por el derecho comunitario aplicable, sino porque el Estado incumplía los plazos de transposición de las Directivas mencionadas, o bien su transposición era incorrecta o parcial. Es por ello que mediante la Sentencia 17 de noviembre de 1993 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se sancionó a España por incumplir obligaciones impuestas por ejemplo por la Directiva 77/62/CEE del Consejo, 1 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (artículos 17,22 -24).

Nada más y nada menos que un incumplimiento que duró treinta años.¹⁸⁹

Así durante ese largo período en España, las Administraciones públicas (ahora Sector Público) no exigía al contratista que acreditara la solvencia económica-financiera y la técnica-profesional y la clasificación en su caso, es decir que se ejecutaban obras, servicios o suministros para un fin público sin conocer si la empresa disponía de medios personales, experiencia, equipo técnico directivo, etiquetas de calidad necesarias, etc.

1.3 Concepto de la integración de medios externos: origen.

La posibilidad de acreditar la solvencia económica y/o técnica del empresario a través de la experiencia, medios o solvencia económica de un tercero con el fin de contratar con el Sector Público la ejecución de una obra, servicio o suministro tiene origen en la jurisprudencia europea, es decir como fuente del Derecho comunitario con primacía en su aplicación en el ordenamiento jurídico del Estado español.

Así la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 2 de diciembre de 1999 (C-176-1998) caso "*Host Italia*" manifestó al respecto que: "*Procede señalar que el objetivo de las Directivas*

¹⁸⁹ PINTOS SANTIAGO, JAIME." Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental", Colección monográfica, INAP, junio 2017.



consiste en evitar las trabas a la libre circulación de servicios en la adjudicación de contratos públicos. Tanto del objeto como del tenor de dichas disposiciones, se deduce que ningún prestador de servicio puede ser excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público por el mero hecho de que para la ejecución del contrato, proyecte emplear medios que no le pertenece, sino que son propiedad de una o varias entidades distintas a él. Por consiguiente, un prestador que no cumple, por sí mismo, los requisitos mínimos necesarios para participar en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios, puede invocar ante la entidad adjudicadora las capacidades de terceros a los que proyecta recurrir si se le adjudica el contrato”.

A raíz de esta Sentencia, se reconoció expresamente el derecho a la integración de medios externos, para acreditar tanto solvencia económica como técnica, a través del artículo 47 y 48 de la Directiva 2004/2018 del Parlamento Europeo y del Consejo.

Así vemos como, desde 1999, no es necesario que el empresario licitador disponga el mismo de medios propios personales, materiales o solvencia económica sino que, en la contratación que liciten los Estados Miembros de la Unión Europea, se permite que el licitador acredite la solvencia a través de los medios de una tercera entidad o empresario persona física. La integración o puesta a disposición puede articularse de cualquier forma o vínculo jurídico (y como luego veremos cabe mencionarlo dentro del plazo de presentación de ofertas) y además será preciso acreditar y asegurar la disponibilidad de los medios durante la ejecución del contrato en cuestión.

1. En una situación parecida tiene cabida la integración de medios externos pero respecto a acumulación de clasificación en capacidades de las empresas del mismo grupo, esto es una interpretación más restrictiva en un momento inicial según la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 14 de abril de 1994, caso Ballast Nedam Groep I,¹⁹⁰

A raíz de dicha sentencia se recogió la modificación en el artículo 15.1 de la Ley 13/1995 de 18 mayo de Contratos de las Administraciones Públicas.

1.4 Diferencias entre la regulación de integración de medios externos: Directiva 2004/2018/CE y Directiva 2014/24/CE.

De un lado el artículo 48.3 de la Directiva 2004/18CE regulaba la integración de medios externos de forma genérica, sin establecer expresamente las modalidades según un licitador (operador económico) podría integrar las capacidades de otras entidades en un procedimiento de contratación pública. De ahí la consideración al respecto en la Sentencia de TJUE de 7 de abril de 2016, Apelski Dariusz, C-324/2014.

Posteriormente, el Considerando 2 de la Directiva 2014/24 aclara conceptos básicos para garantizar la seguridad jurídica e incorporar determinados aspectos

¹⁹⁰ GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL. "De nuevo, sobre la integración de la solvencia con medios externos". Revista contratación administrativa núm.139, septiembre 2015, editorial La Ley.



de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Unión Europea, como la Sentencia de 7 de abril de 2016 TJUE, Partner Apelski Dariusz, C-324/14.4

El actual artículo 63, apartado 1, de la Directiva 2014/24 (y a su vez el artículo 75 LCSP) añade cambios sustanciales a la hora de invocar la integración de medios externos donde los operadores económicos sólo pueden *«basarse en las capacidades de otras entidades cuando éstas realicen las obras o los servicios para los que se requieran dichas capacidades»*.

El artículo 63 mencionado introduce nuevas condiciones no previstas en artículo 48 de la Directiva anterior, por ejemplo permite limitar en pliegos que ciertos trabajos se ejecuten de forma personalísima por el adjudicatario o por algún integrante de una unión temporal, restringiendo así el uso de la integración de medios externos.

A su vez el artículo 75 y 69 LCSP ha detallado dichas nuevas condiciones como es el deber de integrar medios de un tercero donde éstos vayas a prestar directamente contrato, no basta una simple invocación.

Respecto a los contratos de defensa, excluidos de la Directiva 2004/18CE y de la actual Directiva 2014/24/CE, la sentencia del TJUE 17 de marzo de 2011, asunto C 95/2010 Strong Segurança S.A, considera que el derecho intrínseco de integración de medios externos que recoge las Directivas ,a favor de licitadores, se vería eliminado o reducido ya que no es de obligada aplicación los preceptos 47.2 de la primera ni el 63 de la segunda al no ser Derecho derivado de

obligado imposición a ciertos tipos de contratos excluidos de su ámbito, como el de defensa.

Son contratos no cubiertos o parcialmente cubiertos por las Directivas de contratación pública, y se considera que la acreditación de solvencia por medios externos no deriva del principio de “competencia efectiva” ni del de “igualdad”. Es decir, al aplicarse a éstos el Derecho originario como es el Tratado de Funcionamiento de la UE o de Constitución de la UE, éstos no regulan la integración de medios externos y de otro modo tampoco se permite la misma en aplicación de las Directivas (derecho secundario) al encontrarse excluidos de las mismas ciertos contratos.¹⁹¹

2. REQUISITOS Y LÍMITES DE LA INTEGRACIÓN DE MEDIOS EXTERNOS.

2.1 Límites previstos en la jurisprudencia del TJUE.

El artículo 75 de la LCSP regula la integración de medios externos respetando el contenido del artículo 63 de la Directiva 2014/24/CE de contratación pública.

De otro lado, la sentencia de 5 de abril de 2017 de TJUE, C298-2015, viene exigiendo que la presentación

¹⁹¹ Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de los contratos no cubiertos o parcialmente cubiertos por las Directivas de contratación pública 2006, 179/02.



de ofertas conjuntas en Unión Temporal de Empresas (UTE) permita acreditar solvencia, a través de aportación de las mismas por cada uno de ellos, para cumplir los requisitos aplicables en materia de capacidades profesionales que corresponda, proporcionalmente, a la parte de la prestación que efectivamente llevará a cabo cada una de ellas si se le adjudica el contrato en cuestión. Es decir que se tenga en cuenta la naturaleza de las tareas que debe realizar cada licitador en Unión y las capacidades técnicas de cada uno a la hora exigidas proporcionalmente a lo que vaya a prestar. Por lo tanto concluimos que la integración de solvencia por medios externos puede ser utilizada por los licitadores que concurren en UTE, completando su solvencia con capacidades ajenas a los integrantes de las mismas, solvencia que se exigirá en relación proporcional a su participación en la UTE que ejecute el contrato en su caso.

La jurisprudencia de TJUE más reciente, además, aún en caso de fuerza mayor, una vez presentada la oferta, no cabe cambiar la empresa con la que se integra la solvencia si ésta pierde capacidades tras la adjudicación, como podría ser una clasificación. Es decir, aceptar una nueva empresa después de ser el contrato adjudicado sería considerar una nueva oferta, fuera de plazo, y que altera un elemento sustancial del contrato: las partes.

Según las sentencias 4 de mayo de 2017 y 14 de septiembre de 2017 del TJUE, tampoco permiten, a posteriori, que el licitador presente una declaración o compromiso firmado con una entidad ajena al procedimiento si no lo expuso o manifestó en el plazo de presentación de ofertas, ya que se consideraría un cambio sustancial en la oferta al intentar integrar a un

tercero ajeno conculcando así los principios de igualdad de trato, libre concurrencia y transparencia que rige la contratación pública. Es decir, una oferta no puede ser modificada después de su presentación, ni a propuesta del poder adjudicador ni del licitador.

Respecto a la posibilidad de combinar la experiencia de dos entidades, la Sentencia 4 de mayo de 2017, C 387/2014, no lo consideró viable dado que en un contrato donde los pliegos exijan una solvencia técnica basada en la experiencia de mínimo ejecución de dos contratos de ciertos suministros en los 3 años anteriores a la licitación y por un valor cada uno de mínimo 150.000€, no puede aceptarse que se sumen los conocimientos y la experiencia de dos entidades que, por separado, no poseen los conocimientos y experiencia exigidos por el poder adjudicador, cuando dicha experiencia sea indivisible, y por lo tanto el requisito de solvencia debe cumplirse un mismo licitador.

Así mismo la citada sentencia, señala que para basarse en la experiencia de un grupo de operadores económicos (condición de grupo según el artículo 42.1 de Código de Comercio español) no es posible que un licitador del grupo invoque la solvencia del resto de miembros del grupo (participen o no en el procedimiento) ya que sólo puede basarse en la experiencia propia y efectivamente adquirida por él mismo en la ejecución de parte del contrato que se le asignó internamente dentro de la agrupación.

No obstante lo anterior, las observaciones anteriores hacen referencia a una situación en la que un operador económico presenta diversos suministros efectuados por un grupo de operadores específicamente como



experiencia propia, cuestión no es válida si no acredita haber prestado efectivamente trabajo en tal contrato y dentro del tal grupo. Pero esta limitación debe entenderse sin perjuicio de la posibilidad de que un operador económico se base en las capacidades de terceros según artículo 63 de Directiva 2014/24/CE y artículo 75 LCSP.¹⁹²

2.2 Prácticas colusorias en la integración de medios externos.

El artículo 1 de la Ley 15/2007 3 julio de Defensa de la Competencia prohíbe las prácticas colusorias a través de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional .

La misma Ley considera nulos de pleno derecho los acuerdos que se adopten en virtud de estas prácticas colusorias.

Se puede entender que existe una conducta colusoria y con ánimo de falsear la competencia cuando, en fase de licitación, el licitador aporta capacidades de terceras empresas para acreditar la solvencia técnica o financiera, cuando la tercera entidad podría por sí misma presentar su oferta individual en el mismo procedimiento ya que cumple igualmente con la

¹⁹² BOBEK, MICHAEL, Abogado general de TJUE. Conclusiones presentadas el 24 noviembre de 2016 sobre sentencia TJUE de 4 de mayo de 2017 , C 387/2014

capacidad de obrar, aptitud, solvencia, etc., exigida en el pliego del contrato en cuestión.

El artículo 150.1 de la LCSP establece que las Mesas de contratación puedan trasladar, con carácter previo a la adjudicación del contrato, a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación. La remisión de información de prácticas colusorias provocará la suspensión del procedimiento de licitación.

Si bien, no existe, a día de hoy, reglamento que desarrolle tal potestad. Ni su consideración como causa de exclusión directa en la LCSP.

De otro lado el artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, permite a los poderes adjudicadores excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando tenga indicios suficientemente plausibles de que aquél ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia.

Así se ha pronunciado la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía, en el informe 11/2016, de 1 de febrero de 2017, e indica que, hasta que se apruebe la nueva ley y el reglamento que la desarrolle, no podrá considerarse una causa de exclusión de forma automática.¹⁹³

¹⁹³http://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/informes_comision_consultiva/17/04/Informe_11-2016.pdf
consultada en mayo de 2018.



Cuestión distinta sería en fase de ejecución del contrato, y en virtud de la figura de la subcontratación, que se constataste que existe una práctica colusoria por parte del contratista. Así, en pliegos puede recogerse expresamente una causa de resolución por incurrir de forma sobrevenida en causas de resolución, como sería el caso de haber sido sancionado de manera firme, por falseamiento de la competencia, en la comisión de una infracción grave.

En este caso, el contratista incurriría en prohibición de contratar con el Sector público, previa su declaración, además de conllevar la nulidad de la adjudicación del contrato.

Es por ello que se deben incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato en cuestión, unas cláusulas anticolusorias así como incluir un compromiso del licitador de no incurrir en prácticas colusorias en virtud de la Ley de Defensa de la Competencia en la declaración responsable, o bien en anexo al documento europeo único de contratación, que sustituye documentación recogida en el artículo 140 a 141 o bien 159.4 de la Ley 9/2017 8 noviembre de Contratos del Sector Público.¹⁹⁴

Respecto a los motivos u objetivos de estas prácticas colusorias suelen ser la fijación del precio o

¹⁹⁴ LOPEZ MIÑO, ANTONIO Y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA, "Insuficiencia del Derecho español para impedir y corregir la colusión en la contratación pública", diciembre 2012, en IPN/CNMC/011/15 Anteproyecto de Ley sobre los procedimientos de contratación en los Sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

presupuesto ofertado y/o el reparto del mercado, si bien las empresas pueden también optar por pactar otras condiciones específicas de los pliegos (los plazos de ejecución, las características técnicas, etc.)¹⁹⁵

2.3 Primer informe sobre contratación pública española en 2017 de la Junta Consultiva de Contratación estatal.

De acuerdo con el Artículo 328.4 LCSP, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado elaborará y remitirá a la Comisión Europea cada tres años un informe referido a todos los poderes adjudicadores estatales, autonómicos y locales que, respecto de la licitación pública y ejecución de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios que estén sujetos a regulación armonizada.

Pues bien, se ha emitido el primer informe exigido en el citado precepto, y respecto al artículo 63 de la Directiva 2014/24/CE y del derogado artículo 63 del Real decreto legislativo 3/2011 14 noviembre (ahora artículo 75 LCSP), se deja en evidencia que se han generado problemas de interpretación (forma de acreditar la disposición efectiva de la solvencia y medios de otras entidades, tanto de la solvencia técnica y profesional como de la económica y financiera) en la citada regulación.¹⁹⁶

¹⁹⁵ <http://www.competencia.euskadi.eus>, consultada en mayo 2018.

¹⁹⁶ Primer informe (2017) de supervisión de la contratación pública en España de la Junta Consultiva de Contratación



Así mismo manifiesta que, en la regulación actual, hay incertidumbre sobre este asunto en relación con la exigencia de Certificados de Calidad y/o Gestión medioambiental.

3. DIFERENCIA ENTRE LA INTEGRACIÓN DE MEDIOS EXTERNOS Y LA SUBCONTRATACIÓN.

De un lado, diremos que la figura de la integración de medios externos para acreditar la solvencia es un derecho del licitador que ha de ser ejercicio en una fase inicial, es decir en el momento de presentar las ofertas. Es una figura que posibilita acreditar los criterios de selección exigidos para poder contratar con el Sector Público, siempre que esta sea exigible; contratos de suministros o servicios de valor estimado igual o superior a 35.000 euros o 80.000 euros para contratos de obras. El licitador puede ejercer su derecho previsto directamente en la legislación.

En cambio la subcontratación, diremos que es una posibilidad que podrá ejercer el contratista siempre que lo haya recogido expresamente el pliego de cláusulas administrativas según el artículo 215 y siguientes de la LCSP. Así la subcontratación entra en juego en fase de ejecución del contrato, una vez adjudicada.

Respecto a la figura de la subcontratación la jurisprudencia del Tribunal europeo, en las Sentencias

Administrativa del Estado. <https://contrataciondelestado.es/>, consultada en mayo 2018.

del TJUE 18 de diciembre de 1997, C5-1997, o la de 2 diciembre de 1999, C-176/1998, o de 18 de marzo de 2004, C-314/2004, reconoció la existencia de un derecho de aportar medios recurriendo a la subcontratación con terceros y no solo a la integración de medios por sociedad dominante sobre el grupo de empresas al que perteneciese. A raíz de dicha jurisprudencia se modificó la Ley 30/2007 30 octubre de Contratos del Sector Público.

A diferencia de la subcontratación, se puede considerar que la acreditación de capacidades por la integración de los medios externos es una posibilidad intrínseca del licitador y de difícil limitación en los pliegos, dado que, excepcionalmente, se podrá prohibir la integración de otras capacidades por considerarse expresamente en pliegos que las prestaciones han de ejecutarse de forma personalísima, por el adjudicatario, en ciertas obras o servicios complejos.

Ni la ley, ni directiva ni la jurisprudencia han definido cuando puede considerarse obras o servicios complejos para exigir que la experiencia o personal titulado sea o esté contratado por el licitador de forma personal o propia. Así prácticamente, en pliegos, no se puede limitar la acreditación de solvencia por medios externos. En este sentido se pronuncia la Sentencia del TJUE de 10 octubre de 2013, C-94/2012.

En cambio en la subcontratación si puede prohibirse directamente en pliegos sin justificar dicha limitación en los documentos contractuales.

De otro lado, es causa de resolución si se cambia un subcontratista inicialmente indicado en la oferta del



licitador y siempre que se haya exigido en los pliegos, de conformidad con el artículo 215.2 a) LCSP, así la sentencia del TJUE de 13 de abril de 2010, Wall, C 91-2008, consideró que sería una modificación sustancial contratar a otro subcontratista diferente al inicialmente previsto si las prestaciones en cuestión fueron determinantes en la celebración del contrato.

4. CONCLUSIONES

- La integración de medios externos para acreditar la solvencia del licitador ha sido una figura jurídica creada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con efectos en la contratación por los Estados Miembros de la Unión Europea.
- La interpretación de la integración de medios externos es de carácter amplio y no cabe limitar, per se, en pliegos que el licitador ha de acreditar un mínimo de solvencia para sólo poder acreditar la otra parte a través de capacidades de terceros. La Sentencia de Audiencia Nacional 4 de noviembre de 2013, desplaza el criterio que venía siguiendo el tribunal administrativo central en materia de contratos en años atrás en cuando ahora no puede exigirse de manera automática un mínimo de solvencia propia al licitador, ya que excepcionalmente podrá limitarse si la prestación ha de hacerla con carácter personalísimo el adjudicatario.
- Es necesaria una regulación más clara o concreta y vinculada entre las figuras de la integración de los medios externos (operable en fase de licitación)

respecto de la subcontratación (operable en fase de ejecución) previstos en el artículo 75 y 215 a 216 de la Ley 9/2017 8 noviembre de Contratos del Sector Público (LCSP).

- Es necesaria una regulación más concreta y expresa en la LCSP sobre la prohibición de subcontratar en caso de haber limitado la integración de medios externos para acreditar la solvencia técnica o profesional en los pliegos de cláusulas administrativas que rijan una contratación. No es congruente prohibir excepcionalmente la integración de medios y de otro lado permitir la subcontratación en los documentos contractuales del mismo contrato.
- El artículo 63 de la Directiva 2014/24/CE y artículo 69 LCSP, deben interpretarse en el sentido de que un operador económico que ha ejecutado un contrato como miembro de un grupo de operadores económicos únicamente puede invocar como experiencia propia la experiencia efectivamente adquirida por él mismo en la ejecución de ese contrato. Esa conclusión se entiende sin perjuicio de que el operador económico pueda basarse en las capacidades de terceros en las condiciones previstas en artículo 75 LCSP.
- El novedoso papel de las Mesas de contratación u órgano de contratación en cuanto al control de posibles infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia en las prácticas colusorias que pueden darse de aceptar integración de medios externos de ajenos cuando éstos mismos por sí solos podrían presentarse a la licitación con una oferta propia.



BIBLIOGRAFÍA:

PINTOS SANTIAGO, JAIME. " Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental", Colección monográfica, INAP, junio 2017.

GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL. "De nuevo, sobre la integración de la solvencia con medios externos". Revista contratación administrativa núm.139, septiembre 2015, editorial La Ley.

Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de los contratos no cubiertos o parcialmente cubiertos por las Directivas de contratación pública 2006, 179/02.

BOBEK, MICHAEL, Abogado general de TJUE. Conclusiones presentadas el 24 noviembre de 2016 sobre sentencia TJUE de 4 de mayo de 2017 , C 387/2014

http://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/informes_comision_consultiva/17/04/Informe_11-2016.pdf , consultada en mayo de 2018.

LOPEZ MIÑO, ANTONIO Y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA, "*Insuficiencia del Derecho español para impedir y corregir la colusión en la contratación pública*", diciembre 2012, en IPN/CNMC/011/15 Anteproyecto de Ley sobre los procedimientos de contratación en los Sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

<http://www.competencia.euskadi.eus>, consultada en mayo 2018.

Primer informe (2017) de supervisión de la contratación pública en España de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. <https://contrataciondelestado.es/>, consultada en mayo 2018.

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

**SECCIÓN INTERNACIONAL
COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

ARTÍCULOS DOCTRINALES

“PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA NUEVA LEY 1882 DE 2018 (COLOMBIA) Y ESPECIAL REFERENCIA COMPARATIVA CON LA LEY 9 DE 2017 (ESPAÑA)”

Hans Leonardo Neira Gaitán

Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia.
Especialista en Contratación Estatal, Derecho Administrativo, Derecho Minero y Petrolero de la Universidad Externado de Colombia.
Terminación de Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario.
Máster en Derecho de la Contratación Pública UCLM.
Asesor Legal en Contratación Pública (Colombia).

Resumen: El presente artículo tiene por objeto realizar un análisis jurídico-comparativo de las nuevas normas: Ley 1882 de 2018 (Colombia) y LCSP de 2017 (España) profundizando en el estudio de los principios generales de la contratación pública y las novedades introducidas en la primera parte de la Ley 1882 de 2018, en especial sobre los pliegos-tipo, subsanabilidad de la oferta, responsabilidad de consultores, asesores e interventores; siempre en la búsqueda de la transparencia en la contratación pública y la lucha contra la corrupción. Se propone finalmente rescatar los valores supremos de la ética y buena fe.



Abstract: The purpose of this article is to carry out a legal-comparative analysis of the new regulations: Law 1882 of 2018 (Colombia) and LCSP of 2017 (Spain), deepening the study of the general principles of public procurement and the novelties introduced in the first part of Law 1882 of 2018, in particular on the document-type, remedy of the offer, responsibility of consultants, advisers and auditors; always in the search for transparency in public procurement and the fight against corruption. It is proposed finally to rescue the supreme values of ethics and good faith.

Palabras clave: [Contratación Pública, Pliegos-tipo, subsanabilidad de la oferta, responsabilidad y transparencia].

Key words: [Public Contracting, document-type, remedy of the offer, responsibility and transparency].

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- 1. ANTECEDENTES Y ALCANCE DE LAS NUEVAS LEYES: 1882 DE 2018 (COLOMBIA) Y LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 2017 (ESPAÑA).- 1.1. Antecedentes y alcance de la Ley 1882 de 2018 (Colombia).- 1.2. Antecedentes y alcance de la LCSP de 2017 (España).- II. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA NUEVA LEY 1882 DE 2018 (COLOMBIA) Y ESPECIAL REFERENCIA COMPARATIVA CON LA LEY 9 DE 2017 (LCSP-ESPAÑA).- 2.1. Principio de transparencia - "Pliegos-tipo".- 2.2. Principio de selección objetiva - Subsanción de la oferta.- 2.3. Principio de igualdad y libertad de concurrencia-Presentación de la oferta.- 2.4. Principio de responsabilidad-Consultores, asesores externos e interventores.- III. CONCLUSIONES.- IV. BIBLIOGRAFÍA.- V. JURISPRUDENCIAS.- VI. WEBGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN.

El 15 de enero de 2018 se expidió en Colombia la Ley 1882 de 2018 *“Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones”*¹⁹⁷, cuyo objetivo consiste en *“introducir medidas para el fortalecimiento, la eficiencia y la transparencia en la gestión contractual, que permitan aprovechar las grandes inversiones que en materia de infraestructura se están realizando en el país”*¹⁹⁸, así como la lucha contra la corrupción, lo cual conlleva cambios en los procesos de selección y prevalencia de principios que rigen la contratación pública.

Esta norma legal es de gran importancia y trascendencia para el país Colombiano, pues, si bien es cierto no se trata de una reforma estructural, sí adiciona o modifica algunos artículos de las leyes más importantes en contratación estatal como son: i) la Ley 80 de 1993 *“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”* y ii) la Ley 1150 de 2007 *“Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley*

¹⁹⁷ Presidencia de la República, Normativa, Leyes, Consultado en: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/leyes> [Fecha última consulta: 6 de abril de 2018].

¹⁹⁸ Proyecto de Ley 084 del Senado de la República (2016), *“Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia”*, Exposición de motivos, p. 8. Consultado en: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos- radicados-senado/pl-2016-2017/743-proyecto-de-ley-084-de-2016>. [Fecha última consulta: 6 de abril de 2018].



80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”, en las cuales se enfocará el presente artículo, haciendo también referencia, si resulta necesario, a la última compilación del Decreto 1082 de 2015¹⁹⁹.

De otro lado, tenemos la nueva Ley 9 de Contratos del Sector Público de 2017 de España (en adelante “LCSP de 2017”) expedida el 8 de noviembre de 2017 *“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”,* con vigencia a partir desde el 9 de marzo de 2018, la cual deroga el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, del 14 de noviembre (en adelante “TRLCSP”), cuyo objetivo principal no solo consiste en transponer las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE como se desprende de su enunciado, sino también apunta a la incorporación de la jurisprudencia del Tribunal de Unión Europea y la primacía o relevancia de los principios de la contratación pública del derecho comunitario.

En ese orden de ideas, partiendo de la base o premisa de la expedición de nuevas normas legales: Ley 1882 de 2018 y LCSP de 2017 en ordenamientos jurídicos de diferentes países (Colombia y España), el objetivo cardinal de éste artículo consiste en realizar un análisis jurídico-comparativo de las citadas leyes, profundizando concretamente en el estudio de los principios generales de la contratación pública y las novedades introducidas en la Ley 1882 de 2018

¹⁹⁹ Decreto 1082 de 2015¹⁹⁹. *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación nacional”.*

respecto a los principios de transparencia, selección objetiva, libertad de concurrencia, igualdad y responsabilidad, y también para efectos de verificar su importancia a nivel de derecho comparado; toda vez que se encontrarán aspectos que son afines como el principio de transparencia, la presentación de sobres y principio de responsabilidad; empero, habrán otros aspectos de los cuales el derecho colombiano puede tomar como referencia para avanzar hacia unas mejores prácticas de contratación como la implementación de los pliegos tipo, que – se advierte de antemano-, abarcará un espacio significativo en el estudio y análisis de sus pros y contras, por cuanto se trata de uno de los aspectos novedosos de la Ley 2018 que genera bastante contención y controversia en varios ámbitos. Todo lo anterior apuntará al objetivo común de ambas leyes sobre la lucha contra el flagelo de la corrupción, en donde jugará un rol o papel primordial el principio de transparencia, como punto de encuentro y relacionamiento con los otros principios de gran relevancia para la contratación pública; sin desconocer, en todo caso, el novedoso principio de integridad incorporado en la LCSP de 2017.

Sin más preámbulos, se abordará en la primera parte unos breves antecedentes de las legislaciones en estudio; luego, en la segunda parte, se entrará a desarrollar cada una de las novedades más trascendentales del primer eje de la estructura de la Ley 1882 de 2018, haciendo especial referencia comparativa con la LCSP de 2017 y, para concluir, manifestaremos nuestra posición final en las conclusiones, las cuales esperamos sean de vuestro interés en el campo de la contratación pública que, hoy en día, cada vez es más especializado y de suma importancia para los ordenamientos jurídicos de Colombia y España, dado su constante evolución.



1. ANTECEDENTES Y ALCANCE DE LAS NUEVAS LEYES: 1882 DE 2018 (COLOMBIA) Y LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 2017 (ESPAÑA).

1.1. Antecedentes y alcance de la Ley 1882 de 2018 (Colombia).

El trámite legislativo que se adelantó en el Congreso de la República del proyecto de ley *“por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia”* fue presentado al Senado de la República a iniciativa del Ministerio de Transporte el día 8 de agosto de 2016, el cual surtió los cuatro debates respectivos, como son: dos ante el Senado de la República (proyecto de ley 084/2016S) y dos ante la Cámara de Representantes (proyecto de Ley 285/2017C)²⁰⁰ finalizando con la expedición de la Ley 1882 del 15 de enero de 2018, según consta en la publicación de la Gaceta del Congreso No. 03 de 2018.²⁰¹

Ahora bien, para consultar el fundamento y espíritu de la norma, es necesario u obligatorio recurrir al objeto y alcance que se desprende de la lectura de exposición de motivos del proyecto de ley sobre fortalecimiento de la

²⁰⁰ Congreso de la República de Colombia, Cámara de Representantes, Consultado en: <http://www.camara.gov.co/contratacion-publica> [Fecha última consulta: 6 de abril de 2018].

²⁰¹ Gaceta del Congreso de la República de Colombia, Consultado en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3 [Fecha última consulta: 6 de abril de 2018].

contratación pública en Colombia, resaltando, entre otros, los siguientes considerandos:

“El Gobierno Nacional presenta a consideración del Congreso de la República una iniciativa legislativa de gran importancia para el Estado colombiano, consistente en la modificación de algunas normas de contratación pública, con el objeto de introducir medidas para el fortalecimiento, la eficiencia y la transparencia en la gestión contractual, que permitan aprovechar las grandes inversiones que en materia de infraestructura se están realizando en el país.”

La idea de este proyecto surge de la necesidad de eliminar una serie de sesgos interpretativos que han hecho carrera en las entidades contratantes, cuya principal consecuencia ha sido el debilitamiento del sistema de compras públicas. Si bien desde diversos sectores se ha sustentado que con la debida aplicación de los principios que rigen la contratación administrativa se pueden superar estos yerros hermenéuticos, la realidad dicta que es necesario modificar normas puntuales que hoy, por el alcance arbitrario del que están siendo objeto, están generando efectos contrarios a los fines del Estado. (...)

Así, por ejemplo, son varios los casos en los cuales, basados en una interpretación contraria a los principios de contratación, los contratos resultan adjudicados a proponentes menos idóneos, lo que a la postre genera retrasos en los cronogramas, sobre costos y procesos judiciales, que terminan deslegitimando un mecanismo que a nivel internacional ha arrojado excelentes resultados. (...)



*En Colombia, la Contratación Estatal constituye el instrumento de ejecución del gasto público por excelencia. A través de este medio se logran satisfacer los cometidos estatales y se alcanza la materialización de los objetivos socio-económicos de la administración. Tan es así que la OCDE estima que la compra y contratación pública representa más del 15% del PIB en Colombia, lo que debe llevar a concluir que cualquier medida que impacte tal volumen de recursos, sin duda tendrá una significación mayor en el contexto no sólo de la administración pública, sino en el terreno de lo económico*²⁰². (Subraya fuera de texto).

Del mismo modo, es de anotar que la Ley 1882 de 2018 está compuesta por tres (3) grandes partes o ejes a saber:

- i. “El **primero** contempla ajustes al procedimiento de licitación para obra pública (L. 80/93²⁰³ y L. 1150/07²⁰⁴) para fortalecer la transparencia en la contratación, incorpora cambios en la presentación

²⁰² Proyecto de Ley 084 del Senado de la República (2016), “Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia”, Exposición de motivos. pp. 8-9. Consultado en: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/pl-2016-2017/743-proyecto-de-ley-084-de-2016>. [Fecha última consulta: 30 de mayo de 2018].

²⁰³ Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

²⁰⁴ Ley 1150 de 2007 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”.

- de la oferta y el término para subsanar, implementa el pliego tipo, permite expresamente la experiencia entre privados y delimita la responsabilidad del interventor, entre otros.*
- ii. *En **segundo** lugar, en referencia a la Ley 1682 del 2013²⁰⁵, consagra modificaciones importantes para facilitar los proyectos de infraestructura, principalmente en materia arqueológica y de adquisición predial.*
 - iii. *El **tercer** eje corresponde a variaciones en la Ley 1508 del 2012²⁰⁶, tendientes a viabilizar los proyectos de APP sociales, urbanos y de entidades territoriales, así como el procedimiento ante la terminación de contratos de concesión y APP como consecuencia de la nulidad absoluta²⁰⁷.*

Sin embargo, para efectos de delimitar y fijar el alcance del presente artículo, no haremos referencia a la modificación de la Ley de infraestructura o la Ley de Asociaciones Público Privadas (APP); sino que solo abordaremos el estudio de la **primera parte** o eje de

²⁰⁵ Ley 1682 de 2013 “Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias”.

²⁰⁶ Ley 1508 de 2012 “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”.

²⁰⁷ PÉREZ BUITRAGO S., “Las claves para entender la nueva modificación a las normas de contratación”, Consultado en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/administrativo-y-contratacion/las-claves-para-entender-la-nueva-modificacion-las> [Fecha última consulta: 21 de mayo de 2018].



la Ley 1882 de 2018, siempre orientados al estudio de los principios generales de la contratación pública.

1.2. Antecedentes y alcance de la LCSP de 2017 (España).

El 25 de noviembre de 2016 fue aprobada por el Consejo de ministros el proyecto de la nueva LCSP, tramitada por vía de urgencia, con competencia legislativa plena, cuya competencia de tramitación en el congreso correspondió a la comisión de Hacienda y Función pública²⁰⁸, quien a su vez aprobó el 27 de julio de 2017 el informe elaborado por la de ponencia sobre el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, "*Por la que se transponen al Ordenamiento Jurídico Español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE²⁰⁹ y 2014/24/UE²¹⁰, de 26 de febrero de 2014*"²¹¹.

²⁰⁸ Cfr. MORENO MOLINA J.A., Lección 13 "*El Proyecto de ley y su paso por el Congreso de los Diputados y por el Senado. Del Consenso inicial a la falta de acuerdo*", Modulo IV. "DERECHO ESPAÑOL DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS", UCLM. p.14.

²⁰⁹ Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, "*relativa a la contratación por entidades que operen en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE*".

²¹⁰ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, "*sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE*".

²¹¹ MORENO MOLINA J.A., Lección 13, Modulo IV. DERECHO ESPAÑOL DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS, UCLM. Op. cit. nota al pie 11, p.17.

La nueva ley contempla una “*Vacatio Legis*” de cuatro (4) meses, entrando a regir desde el 9 de marzo de 2018, período que, valga la pena decir - resultaba cuestionable -, puesto que no estaba justificado en virtud de la aplicación del efecto directo de las Directivas de la Unión Europea desde el 18 de abril de 2016, exceptuando las normas sobre la nueva gobernanza previstos en los artículos 328 a 334 de la LCSP²¹². Del mismo modo, para efectos de indagar sobre la justificación de la expedición de la nueva LCSP de 2017, nos podemos remitir a su preámbulo, destacando de manera muy resumida los siguientes:

- i) El papel importante de la agenda de crecimiento y empleo de la UE en esta década, denominada «Estrategia Europa 2020».
- ii) La transposición e incorporación de las nuevas Directivas comunitarias: Directiva 2014/23/UE, sobre adjudicación de contratos de concesión y Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública (plazo de transposición que había expirado el 18 de abril de 2016²¹³).
- iii) Lograr mayor transparencia en la contratación pública.
- iv) Diseñar un sistema de contratación pública, más eficiente, transparente e íntegro.
- v) Respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad.

²¹² *Ibíd.* p.5-7.

²¹³ *Íd.* p.5



En este caso, para la delimitación del alcance, nos concentraremos en los artículos de la LCSP de 2017 en cuanto tengan referencia a los principios generales, ora sea de manera directa o indirecta; en concordancia con la Directiva 2014/24 sobre contratación pública, complementado con el decisivo papel de la jurisprudencia del tribunal europeo en el alcance y desarrollo de los principios generales de la contratación pública como elemento unificador.

II. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA NUEVA LEY 1882 DE 2018 (COLOMBIA) Y ESPECIAL REFERENCIA COMPARATIVA CON LA LEY 9 DE 2017 (LCSP - ESPAÑA).

2.1. Principio de transparencia – “Pliegos-tipo”.

Señala SANTOFIMIO, que *“...el Derecho no es un simple sistema normativo, sino que comprende igualmente principios y valores de fácil identificación a partir del contexto ideológico, político, económico y social en el que se inspira la Constitución, en lo que denomina la doctrina como principios diamantes de las instituciones positivas y de las reglas de construcción, organización y estructura de cada ordenamiento jurídico”*²¹⁴. En este sentido, recordemos que objetivo de la Ley 1882 de 2018 consiste en introducir medidas para el fortalecimiento, la eficiencia y la transparencia en la gestión contractual.

²¹⁴ SANTOFIMIO GAMBOA J.O., *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Universidad Externado de Colombia, Tercera edición, Bogotá D.C. (Colombia), Tomo I. 2005. p. 442. Cita sentencia de la Corte Constitucional C-083-1995.

Surge entonces puntualizar, que la transparencia en la contratación pública constituye uno de los principios más importantes; toda vez que se construye con algunos de los demás principios rectores. Sobre el particular, el Consejo de Estado, en sentencia del 31 de enero de 2011²¹⁵, sostuvo que el principio de transparencia se edifica sobre las siguientes bases:

- i) la **igualdad** respecto de todos los interesados;*
 - ii) la **objetividad**, neutralidad y claridad de las reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas;*
 - iii) la **garantía del derecho de contradicción**;*
 - iv) la **publicidad** de las actuaciones de la administración;*
 - v) la **motivación** expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta;*
 - vi) la **escogencia objetiva del contratista** idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración". (...)*
- Es en desarrollo del principio de transparencia que se impone la obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa "sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés" Lo anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido, por cuanto se estarían desconociendo los principios de igualdad e imparcialidad". (Negrilla fuera de texto).*

²¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección tercera, Subsección C, sentencia del 31 de enero de 2011, Consejera ponente: Olga Melida Valle de la Hoz. Rad. No. 17767.



De otra parte, en el derecho español se observa que el principio de *“la transparencia es un arma eficaz en la lucha contra la corrupción y los fraudes de todo tipo respecto a los fondos públicos”*²¹⁶, plasmado desde el preámbulo de la LCSP de 2017, cuando expresa el fin de lograr una mayor transparencia en la contratación pública. En igual forma, se consagra en la LCSP el novedoso principio de integridad en el apartado I del artículo 1 de la LCSP de 2017 *“que se encuentra estrechamente ligado a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y libre concurrencia”*²¹⁷, con influencia de la Directiva 2014/24, en virtud de la lucha contra la corrupción y prevención de conflictos de interés (artículo 64).

En este orden, si bien la Ley 1882 de 2018 no establece de manera directa el principio de integridad, es de aclarar que el objeto de la misma también persigue la transparencia en la contratación, en armonía con Ley 1474 de 2011 *“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”*. Dicho lo anterior, pasaremos a precisar las **novidades** más importantes incorporadas en la primera parte de la Ley 1882 de 2018, frente a los principios generales de la contratación pública.

²¹⁶ MORENO MOLINA J.A., Lección 2 *“Los principios generales de la contratación pública como elemento unificador del Derecho Público de los contratos. Los principios de igualdad, no discriminación, publicidad y concurrencia”*, Modulo I. LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. UCLM. p.5.

²¹⁷ *Ibíd.* Lección 3. p. 2.

Advirtamos *ab initio* la naturaleza vinculante de los pliegos de condiciones, los cuales “se instituyen como uno de los principales instrumentos que desarrollan y permiten la efectividad no solamente del principio de planeación en la etapa previa a la celebración del contrato, sino también de los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, pues en éste se incorporan las reglas claras, completas y objetivas que van a regir no solo el proceso de selección del contratista, sino que también determinan el contenido del futuro negocio jurídico que se va a celebrar”²¹⁸.

De esta manera, el artículo 4º de la Ley 1882 de 2018 prevé:

“Adiciónese el siguiente párrafo al artículo 2º de la Ley 1150 de 2007:

Parágrafo 7º El Gobierno nacional adoptará **documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, los cuales deberán ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelanten. Dentro de los documentos tipo el Gobierno adoptará de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación**

²¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 16 de mayo de 2016, Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad. 55.401.



de la Administración Pública, las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según corresponda a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, que deberán incluirse en los pliegos de condiciones, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. Para la adopción de esta reglamentación el Gobierno tendrá en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local.

La facultad de adoptar documentos tipo la tendrá el Gobierno Nacional, cuando lo considere necesario, en relación con otros contratos o procesos de selección.

Los pliegos tipo se adoptarán por categorías de acuerdo con la cuantía de la contratación, según la reglamentación que expida el Gobierno Nacional”.

Del artículo precedente, se colige la **primera novedad** más importante de la Ley 1882 de 2018, como es la **“obligatoriedad de los pliegos-tipo para determinados procesos de selección”** en materia de contratación estatal del derecho colombiano; cuyo fundamento de incorporación se extrae de la exposición de motivos especialmente en:

- i) *“la búsqueda de mayor transparencia en los procesos de contratación, en especial de los entes territoriales; a partir de la exitosa experiencia internacional, se ha propuesto en el articulado la estandarización de documentos contractuales, medida trascendental para evitar futuros casos de*

- corrupción, (...)*²¹⁹.
- ii) Alcanzar un sistema de compras transparente, a través de la estandarización de los pliegos de condiciones en procesos de contratación; así como mayor acceso de la mayoría de proponentes de un mercado en libre competencia.
 - iii) Garantizar el uso eficiente de los recursos públicos y eliminar el direccionamiento de los procesos de selección.
 - iv) La tendencia mundial, como *“es el caso de los “Documentos Estándar de Licitación Pública (LPN)” en la contratación de obras menores o adquisición de bienes, exigido por el Banco Interamericano de Desarrollo (en adelante BID) y el Banco Mundial (en adelante BIRF) para aquellos proyectos financiados total o parcialmente por estos organismos internacionales”*²²⁰.
 - v) La eficiencia en procedimientos de selección.
 - vi) La implementación de varios países de documentos estándar (República Dominicana, Perú, y Costa Rica).
 - vii) La recomendación de la OCDE, en el documento *“Directorate for Public Governance and Territorial Development”*²²¹.

Enhorabuena, el Gobierno deberá adoptar y estructurar los documentos tipo para los pliegos de condiciones (en adelante “Pliegos-tipo”); esto con el fin de no permitir la confección de pliegos ‘sastre’ o hechos a la medida que se venían elaborando por parte de algunas

²¹⁹ Op. cit., nota al pie 5, p. 10.

²²⁰ Íd. p. 10.

²²¹ Cfr. Íd. pp. 10-14.



entidades territoriales, motivo por el cual generaba un gran margen o espacio para la corrupción estatal, en contravía de los principios generales de transparencia, igualdad y libre concurrencia de los oferentes. Del mismo modo, el alcance de los pliegos tipo modifica los procesos de selección; toda vez que será imperativa y de carácter obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en las siguientes tipologías contractuales:

- i) Obras públicas.
- ii) Interventoría para las obras públicas.
- iii) Interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas.
- iv) Consultoría en ingeniería para obras²²².

Dentro de esta óptica, respecto a los beneficios de la implementación de la figura del “pliego-tipo” y respeto a los principios generales de contratación; la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, el Ministerio de Transporte, la Cámara Colombiana de la Infraestructura y la Sociedad Colombiana de Ingenieros, manifestaron:

*“• **La transparencia** en la contratación beneficiaría principalmente a las Pymes de ingeniería en las regiones, las cuales han vivido históricamente el flagelo de la corrupción. (...).*

*• El pliego-tipo promovería la **pluralidad de oferentes** y la competencia del mercado, tal y como ha sucedido ejemplarmente en entidades del sector, (...)*

²²² Se aclara que queda abierta la posibilidad para que, en el futuro, el ejecutivo extienda la aplicación de los “Pliegos-tipo” a otros procesos de selección o tipologías contractuales.

- Incrementaría la **eficiencia en los procesos de selección** de las entidades contratantes al reducir los tiempos y costos de transacción, la preparación de pliegos y la elaboración y evaluación de las ofertas.
- Promovería la **seguridad jurídica** y evitaría la litigiosidad pues generaría confianza en los proponentes, los funcionarios públicos y los entes de control. (...)

El “pliego-tipo,” por su parte, reglamenta de manera **transparente y objetiva**, los requisitos y procedimientos de selección de oferentes, lo que facilita precisamente la gestión pública de los funcionarios públicos”²²³. (Se resalta).

Y ratifica la Cámara Colombiana de la Infraestructura, sobre la importancia del mecanismo del “Pliego-tipo” como lucha contra la corrupción: *“Como una conquista histórica, así habría que calificar la incorporación del denominado pliego-tipo dentro de la recientemente promulgada Ley 1882. Se trata de un mecanismo que, en palabras llanas, no es otra cosa que un antídoto contra la corrupción. Y lo es, fundamentalmente, porque estandariza los requisitos de la contratación pública para cumplir con un único objetivo: evitar a toda costa la manipulación de los pliegos licitatorios que, de manera desvergonzada, se da en ciertas regiones del país —municipios y departamentos— para favorecer a oferentes corruptos. Esto último ha sido un contubernio reprochable y nefasto entre políticos, contratistas e intermediarios que, sistemáticamente,*

²²³ Noticias Eje21. *Reafirman apoyo a la figura del ‘pliego tipo’ para la contratación de las obras públicas.* Consultado en <http://www.eje21.com.co/2017/11/reafirman-apoyo-a-la-figura-del-pliego-tipo-para-la-contratacion-de-las-obras-publicas/>. [Fecha última consulta: 23 de mayo de 2018].



han visto en la contratación pública un instrumento para enriquecerse. Así, pues, con la aprobación del pliego-tipo, sin duda, las únicas que pierdan —y de qué manera— serán las mafias de la contratación”²²⁴. (Se subraya).

Infortunadamente, a pesar de esta gran novedad y beneficio para el país, que avanza hacia las mejores prácticas en contratación pública; se observa que dicho cambio ha generado un fuerte rechazo o reacción por parte de las entidades territoriales que ven limitada su facultad para estructurar los pliegos de condiciones y manejar sus intereses particulares, en detrimento del patrimonio público e interés general. Tanto es así, que a principios del mes de mayo de 2018, ha sido admitida una demandada ante la Corte Constitucional contra el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, por considerar el actor *“que los preceptos demandados vulneran lo indicado en los artículos 1 y 287 de la Constitución Política de Colombia pues afectan directamente la autonomía territorial y no permiten que las entidades territoriales expidan su propia regulación”²²⁵*. Sobre

²²⁴ CAICEDO FERRER J. M. *“De contratación y mafias - Con la aprobación del pliego-tipo, las únicas que pierdan serán las mafias de la contratación.”*. Consultado en <http://m.eltiempo.com/amp/opinion/columnistas/juan-martin-caicedo-ferrer/columnistas-219756> [Fecha última consulta: 23 de mayo de 2018].

²²⁵ Contratación en línea. *“Corte Constitucional admitió demanda contra apartes del artículo 4 de la Ley 1882 de 2018”*, Consultado en: http://www.contratacionenlinea.co/index.php?action=view&id=3762&module=newsmodule&src=%40random50ff48e1e3fd3&utm_term=BOLETIN+CEL+557+DE+2018.+Actualidad+normativa.+Demanda+contra+Ley+1882+de+2018.+Contrato+realidad.+Inhabilidad+alcaldes.+Intervencion+de+asegur

este aspecto, hay que recordar *“que la autonomía de las entidades territoriales no es absoluta, sino que, por el contrario, está delimitada por los alcances que fije el legislador, dentro de los límites mínimos y máximos consagrados en la Constitución Política”*²²⁶.

De otro lado, en derecho español, los pliegos de cláusulas administrativas particulares, también comportan su naturaleza vinculante, pues se constituyen como *“el documento principal del contrato con arreglo al cual el mismo debe ser cumplido. Es un principio básico de la contratación el que afirma que los términos de un contrato no pueden quedar a la libre discrecionalidad de una de las partes, puesto que los contratos, una vez suscritos y perfeccionado su cumplimiento, lo han de ser con estricta sujeción a las cláusulas y a los pliegos que le sirven de base, sin modificación ulterior, salvo excepciones admitidas expresamente en la normativa de aplicación”*²²⁷.

Por su parte, el numeral 5 del artículo 122 de la LCSP de 2017 dispone:

“Artículo 122. Pliegos de cláusulas administrativas

adoras+en+procesos+contractuales.+Termino+de+caducidad+cuando+se+demandan+los+actos+administrativ&utm_campaign=CONTRATACIONENLINEA.CO&utm_source=e-goi&utm_medium=email [Fecha última consulta: 23 de mayo de 2018].

²²⁶ Op. cit., nota al pie 5, p. 15.

²²⁷ MORENO MOLINA J.A., Lección 26, *“Los Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas”*, Modulo VII. LA PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS, UCLM. p.15.



particulares.

(...)

"5. La aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares corresponderá al órgano de contratación, que podrá, asimismo, aprobar modelos de pliegos particulares para determinadas categorías de contratos de naturaleza análoga".

Nótese cómo la LCSP de 2017 contempla de manera expresa en relación con los pliegos de cláusulas administrativas particulares, la facultad de estandarización de modelos por tipos de contrato de naturaleza análoga o similar, en todo caso, aprobado por cada órgano de contratación (artículo 61), pero no con el carácter general para toda la administración pública como sucede con la Ley 1882 de 2018, sin desconocer que el Gobierno colombiano deberá tener en cuenta las características propias de cada una de las regiones. Así mismo, tomando como ejemplo el portal de transparencia del Ayuntamiento de Madrid, sobresalen los modelos avanzados de pliegos de cláusulas administrativas particulares ajustados a la nueva LCSP de 2017, clasificados por tipos de contratos y procedimientos de adjudicación:

"Contratos de Obras.

PCAP Contrato de Obras - Procedimiento Abierto "con lotes".

PCAP Contrato de Obras - Procedimiento Abierto "sin lotes".

PCAP Contrato de Obras - Procedimiento simplificado "con lotes".

PCAP Contrato de Obras - Procedimiento simplificado "sin lotes".

PCAP Contrato de Obras - Procedimiento simplificado sumario "con lotes".

PCAP Contrato de Obras - Procedimiento simplificado sumario "sin lotes".

Contratos de Servicios

PCAP Contrato de Servicios - Procedimiento Abierto "sin lotes".

PCAP Contrato de Servicios - Procedimiento simplificado "sin lotes".

PCAP Contrato de Servicios - Procedimiento Abierto "con lotes".

PCAP Contrato de Servicios - Procedimiento simplificado sumario "sin lotes".

Contratos de Suministros

PCAP Contrato de Suministros - Procedimiento Abierto_ "sin lotes"²²⁸.

En este punto, se puede apreciar una gran diferencia con la Ley 1882 de 2018; toda vez que mientras se expide la reglamentación por parte del ejecutivo, solamente se evidencian modelos preliminares de documento tipo para contratos de obra pública, consultoría, suministro y servicios de interventoría²²⁹

²²⁸ Portal de transparencia del Ayuntamiento de Madrid, *PCAP - Adaptados a la LCSP 9/2017*, Consultado en: <https://transparencia.madrid.es/portales/transparencia/es/Economia-y-presupuestos/Contratacion/Modelos-de-documentos/PCAP-Adaptados-a-la-LCSP-9-2017/?vgnnextfmt=default&vgnnextoid=d7e833dcc6bd1610VgnVCM2000001f4a900aRCRD&vgnnextchannel=11f81198e6af1610VgnVCM2000001f4a900aRCRD> [Fecha última consulta: 24 de mayo de 2018].

²²⁹ Colombia Compra Eficiente, Consultado en: <https://colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pleigos-tipo/pleigos-tipo> [Fecha última consulta: 24 de mayo de 2018].



elaborados por Colombia Compra Eficiente (CCE)²³⁰, pero solo con categoría de recomendación y, en modo alguno, de manera obligatoria. Por ende, en el derecho colombiano, será un gran reto estructurar “Pliegos-tipo”, sin perder de vista las características propias de las regiones en Colombia; amén de que inicialmente se encuentra previsto para reducidas tipologías contractuales y aplicado específicamente al proceso de licitación pública y tipología contractual relacionados con el contrato de obra. Muy seguramente se seguirá ampliando a diversos contratos y procesos de selección, teniendo en cuenta las ventajas que comporta la estandarización de modelos de pliegos, entre ellas, la prevalencia del principio de transparencia y selección objetiva, pues se evita el gran margen de discrecionalidad de quienes confeccionan y estructuran los documentos de planeación en la etapa precontractual.

Otra postura con criterio distinto, cuestiona si *“¿la implementación de pliegos estandarizados es una herramienta eficaz para garantizar la transparencia en procesos de selección y combatir la corrupción?”*²³¹.

²³⁰ Artículo 2 del Decreto Ley 4170 de 2011. *“Objetivo de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente- La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente–, como ente rector, tiene como objetivo desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación, de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado.*

²³¹ ALDANA SALAZAR, I., *“Pliegos estandarizados en Colombia, ¿mecanismo para combatir la corrupción?”*, Consultado en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/especiales/administ>

Frente a ello, responde que *“De conformidad con las cifras arrojadas por la Organización Transparencia Internacional, después de la expedición de los pliegos estandarizados para la contratación pública, el índice de corrupción de Argentina aumentó del puesto 61 al 85; de República Dominicana aumentó del puesto 118 al 135, y en Honduras subió del puesto 71 al 135. (...) Es por ello que no debería sorprendernos si los “pliegos tipo” no resultan ser la panacea de la transparencia en la contratación pública.”*²³².

En este orden de ideas, la Corte Constitucional tendrá la última palabra sobre la implementación de los “Pliegos-tipo”; cuya *“Vacatio Legis”* para que empiece a regir es de seis (6) meses, previa expedición de la reglamentación por parte del Gobierno Nacional, con fundamento en el Parágrafo Transitorio del artículo 21 de la Ley 1882 de 2018²³³.

[rativo-y-contratacion/pliegos-estandarizados-en-colombia-mecanismo-para](#) [Fecha última consulta: 31 de mayo de 2018].

²³² [d.

²³³ Artículo 21 de la Ley 1882 de 2018. *“Vigencia. Esta ley rige a partir de su promulgación, los procesos procedimientos que se encuentren en curso se surtirán de acuerdo con las normas con las cuales se iniciaron.”*

Parágrafo Transitorio. El artículo 4º de la presente Ley regirá una vez el Gobierno Nacional expida la correspondiente reglamentación, en un plazo de seis (6) meses”.



2.2. Principio de selección objetiva – Subsancionabilidad de la oferta.

El principio de la selección objetiva²³⁴, es aquel en *“que la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva, entendiéndose por ofrecimiento más favorable, aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, solo alguno de los exigidos, el más bajo precio o el plazo ofrecido”*²³⁵.

Pues bien, el artículo 5º de la Ley 1882 de 2018 establece:

²³⁴ Artículo 5 de la Ley 1150 de 2017. *“De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. (...)”*.

²³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1 de marzo de 2018, Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth, Rad. No. 250002326000200301980 01.

“Artículo 5º. Modifíquese el Parágrafo 1 e inclúyanse los párrafos 3, 4 Y 5 de artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, los cuales quedarán así:

Artículo 5º. De la selección objetiva.

(...)

*Parágrafo 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. **En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales** y deberán ser entregados por los proponentes **hasta el término de traslado del informe de evaluación** que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. **Serán rechazadas** las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado.*

*Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes **no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.***

(...)

*Parágrafo 3º. **La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma.***

Parágrafo 4º. En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de



las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

*Parágrafo 5º. En los procesos de contratación, las entidades estatales deberán **aceptar la experiencia adquirida por los proponentes a través de la ejecución de contratos con particulares**". (Negrilla fuera de texto).*

Del artículo precedente, se colige la **segunda novedad** de relieve, como es la "**Subsanabilidad de la oferta**" en armonía con el principio de selección objetiva y libre concurrencia, para escoger la oferta más favorable; en el sentido que todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales hasta el término de traslado del informe de evaluación -según modalidad de selección-, con excepción de lo previsto en el proceso de mínima cuantía y sistema de subasta. Frente a la subsanabilidad de las ofertas, y como especial antecedente jurisprudencial, el Consejo de Estado sostuvo el siguiente criterio objetivo de interpretación:

*"A la lógica anterior obedece el contenido del parágrafo 1º del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, el cual dispone que "la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos". Por consiguiente, se trata de **defectos subsanables, porque al no afectar su falencia la asignación de puntajes, "ellos pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación."***

Para bien del principio de legalidad, del derecho a acceder a los contratos estatales, del derecho a

*participar en las contrataciones públicas, y de los principios de economía, eficiencia y eficacia de la gestión administrativa, desaparecieron los dos criterios de insubsanabilidad que crearon los primeros tres decretos reglamentarios; **en adelante registrará uno solo, el legal** -como siempre debió ser-: **defecto subsanable es el que no asigne puntaje al oferente, y es corregible dentro del plazo que la entidad estatal le otorgue al oferente para enmendar el defecto observado durante la evaluación de las ofertas** –usualmente indicado en los pliegos de condiciones-, **sin exceder del día de la adjudicación**)²³⁶. (Se resalta)*

Del mismo modo, vale la pena afirmar que el tema de la subsanabilidad tiene tanto de largo como de ancho, toda vez que en la práctica no es tan fácil para la administración o el encargado de confeccionar los pliegos de condiciones, definir la línea delgada entre: i) requisitos subsanables que no otorgan puntaje y las causales de rechazo de las propuestas; ii) subsanar o aclarar algún aspecto dudoso o ambiguo del pliego de condiciones; y iii) subsanar y completar o mejorar la oferta después del cierre que, en todo caso, es inadmisibles; entre otros. Sin embargo, este artículo sí permite fijar **reglas nuevas** de la subsanabilidad en cuanto a que:

- i) Es un deber de la administración (antes facultativo) solicitar documentos de carácter subsanable que

²³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de noviembre de 2014, Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Rad. No. 27986.



- no otorgan puntaje.
- ii) El plazo máximo vence hasta el traslado del informe de evaluación (antes hasta la adjudicación).
 - iii) Se rechaza de plano las propuestas que no suministren la información solicitada por la administración (antes dependía de la interpretación o criterio de cada entidad).
 - iv) No se podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso (no hay antecedentes).
 - v) Será causal de rechazo la no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta (no hay antecedentes). *Contrario sensu*, una vez presentada, si sería viable subsanar eventuales defectos.
 - vi) Se deberán aceptar la experiencia adquirida por los proponentes a través de la ejecución de contratos con particulares (antes muy frecuentemente rechazada por las entidades contratantes). Esta novedad permitirá mayor participación en los procesos de selección de las pequeñas y medianas empresas.

De otra parte, referente a la subsanabilidad de la oferta, la LCSP de 2017 señala:

“Artículo 140. Presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos. (...)

3. El órgano o la mesa de contratación podrán pedir a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato. (...)”

Artículo 141. Declaración responsable y otra documentación. (...)

2. En los casos en que se establezca la intervención de mesa de contratación, ésta calificará la declaración responsable y la documentación a la que se refiere el artículo anterior. Cuando ésta aprecie defectos subsanables, dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija".

Artículo 152. Decisión de no adjudicar o celebrar el contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración. (...)

4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación". (Se subraya).

Tenemos pues, que la LCSP de 2017 prevé la facultad de solicitar documentos cuando lo estime pertinente para el buen desarrollo del proceso, con plazo hasta antes de adjudicar, y tres (3) días cuando intervenga la mesa de contratación, además del desistimiento del procedimiento por infracción no subsanable; pero en todo caso, no contiene alguna regla específica de subsanabilidad frente a requisitos subsanables -valga la redundancia-, de la proposición que no afecten su ponderación en la fase de valoración. No obstante, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (Resolución 22/2017) reiteró que "*la doctrina consolidada del Tribunal Supremo –STS de 6 de julio de 2004 dictada en casación para unificación de*



*doctrina, recurso 265/2003- ... mantiene que una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en la licitación, que conduzca a la inadmisión de proposiciones por meros defectos formales o no sustanciales, es contraria al principio de concurrencia*²³⁷.

2.3. Principio de igualdad y libertad de concurrencia – Presentación de la oferta.

Con el fin de otorgar igualdad de trato y libertad de concurrencia a los oferentes por parte de las entidades estatales, y en aras de evitar la confabulación entre los proponentes y de no falsear la competencia, dado que usualmente se publicaban los valores de las ofertas al momento del cierre de la licitación; se incorpora como **tercera novedad** de la Ley 1882 de 2018 la **“presentación de la oferta en dos (2) sobres separados”** para procesos de licitación de contratos de obra: el primero para requisitos habilitantes y documentos que asignen puntaje diferente a la oferta y económica y, el segundo, para la propuesta económica; guardando cierta similitud en la cantidad de sobres con la LCSP de 2017:

²³⁷ Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales. Junta de Andalucía. Resolución 22/2017. Consultado en http://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/resolucion_tarc/17/02/RESOLUCION%2022_17_RCT_311_16.pdf [Fecha última consulta: 25 de mayo de 2018].

Ley 1882 de 2018	LCSP de 2017
<p>Artículo 1. Adiciónense los párrafos 2º y 3º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993: (...) Párrafo 2º En los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra, la oferta estará conformada por dos sobres, <u>un primer</u> sobre en el cual se deberán incluir los documentos relacionados con el cumplimiento de los requisitos habilitantes, así como los requisitos y documentos a los que se les asigne puntaje diferentes a la oferta económica:</p> <p><u>El segundo</u> sobre deberá incluir únicamente la propuesta económica de conformidad con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.</p>	<p>Artículo 157. Examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación.</p> <ol style="list-style-type: none">1. La Mesa de contratación calificará la documentación a que se refiere el artículo 140, que deberá presentarse por los licitadores en sobre o archivo electrónico distinto al que contenga la proposición. (...)2. Cuando, de conformidad con lo establecido en el artículo 145 se utilicen una <u>pluralidad de criterios</u> de adjudicación, los licitadores deberán presentar la proposición en dos sobres o archivos electrónicos: <u>uno</u> con la documentación que deba ser valorada conforme a los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor, <u>y el otro</u> con la documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas.



Sin embargo, a pesar de la similitud en cantidad de sobres, se pueden deducir, *grosso modo*, diferencias entre la Ley 1882 de 2018 y la LCSP de 2017, puesto que en ésta:

- i) Se permite la presentación de la proposición en archivos electrónicos; mientras que la Ley 1882 de 2018 no indica la forma, por tanto, se entendería en medio físico.
- ii) Se aplica, siempre y cuando se utilicen pluralidad de criterios de adjudicación; a diferencia de la Ley 1882 de 2018 que no señala esta condición.
- iii) El primer sobre se refiere únicamente a criterios de ponderación; mientras que la Ley 1882 de 2018 contiene los requisitos habilitantes y además valora los documentos en los que se asigne puntaje, diferentes a la oferta económica.
- iv) El segundo sobre valora documentación mediante fórmulas; en tanto la Ley 1882 de 2018 deberá incluir únicamente la propuesta económica.

En todo caso, añádase la **novedad del segundo sobre** para los procesos de licitación de contrato de obra pública, de acuerdo con artículo 1 de la Ley 1882 de 2018 que, como dijimos anteriormente contiene únicamente la oferta económica; en el sentido que:

“se mantendrá cerrado hasta la audiencia efectiva de adjudicación, momento en el cual se podrán hacer observaciones al informe de evaluación, las cuales se decidirán en la misma. Durante esta audiencia se dará apertura al sobre, se evaluará la oferta económica a través del mecanismo escogido mediante el método aleatorio que se establezca en los pliegos de condiciones, corriendo traslado a los proponentes

habilitados en la misma diligencia solo para la revisión del aspecto económico y se establecerá el orden de elegibilidad". (Se resalta).

Lo anterior, con el fin de evitar la corrupción entre proponentes, prevalecer el principio de transparencia, igualdad y libertad de concurrencia; pues solo hasta el acto de adjudicación (antes usualmente en el cierre de la licitación), se podrán conocer los valores de la propuesta económica y, paso seguido, se valorará conforme los métodos establecidos previamente en el pliego de condiciones.

2.4. Principio de responsabilidad – Consultores, asesores externos e interventores.

En relación con el principio de responsabilidad, el Consejo de Estado ha sostenido que:

*"Para garantizar el cumplimiento de este principio **los servidores públicos** que intervienen en la actividad contractual **responderán civil, penal y disciplinariamente**, razón por la cual están obligados a cumplir los fines de la contratación, vigilando la correcta ejecución de lo contratado y velando por la protección de los derechos de la entidad y del contratista (Nos. 1 y 8 art. 26); responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas (...) En cuanto a los particulares contratistas, **así como de los asesores, consultores e interventores** que participen en los procesos contractuales, **también se dispone que deberán responder, incluso civil y penalmente**, por las conductas*



*dolosas o culposas en que incurran en su actuar contractual o precontractual, (...)*²³⁸. (Negrilla nuestra).

En consecuencia, el principio general de responsabilidad civil y penal en la contratación estatal aplica, tanto a servidores públicos como a particulares contratistas en calidad de asesores, consultores e interventores²³⁹. Ahora bien, el artículo 2 de la Ley 1882 de 2018, expresa:

“Modifíquese el artículo 53 de la Ley 80 de 1993²⁴⁰, modificado por el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011, el cual quedará así:

Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, celebrado por ellos, como por los hechos u omisiones que les fueren

²³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Rad. No. 24.715.

²³⁹ Posteriormente, para los consultores, asesores externos e interventores, la responsabilidad se amplía a la fiscal y disciplinaria en el llamado “estatuto anticorrupción”: Ley 1474 de 2011 “*Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*”.

²⁴⁰ Artículo 53 de la Ley 80 de 1993. “*De la Responsabilidad de los Consultores, Interventores y Asesores Modificado por el art. 82, Ley 1474 de 2011. Modificado por el art. 2, Ley 1882 de 2018*”.

imputables constitutivos de incumplimiento de las obligaciones correspondientes a tales contratos y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría incluyendo la etapa de liquidación de los mismos.

*Por su parte, **los interventores, responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente**, tanto por el cumplimiento de las obligaciones **derivadas del contrato de interventoría**, como por los hechos u omisiones que le sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, **derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría, incluyendo la etapa de liquidación** de los mismos siempre y cuando tales perjuicios provengan del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor, de las obligaciones que a este le correspondan **conforme con el contrato de interventoría**".*

Por consiguiente, se incorpora como **cuarta novedad** de la Ley 1882 de 2018 la "**limitación de la responsabilidad directa de consultores, asesores externos e interventores, frente al alcance de su propio contrato**"; en el sentido que la imputación del daño por acción u omisión, para que se configure su responsabilidad, tiene la condición específica que solo podrá derivar del incumplimiento directo de las obligaciones pactadas entre el consultor, asesor externo e interventor con la entidad contratante; por tanto, no procedería o se excluiría toda responsabilidad indirecta que no tengan origen en las obligaciones del



negocio jurídico que los vincula, tal es el caso, de las acciones u omisiones del contratista principal, objeto de interventoría. De no ser así, *“no se daría una correcta aplicación del derecho a la igualdad, en el entendido que se crearía un trato discriminatorio hacia ciertos agentes de la contratación al establecerse diferencias en cuanto a la forma de responsabilidad, sin una justificación constitucionalmente válida”*²⁴¹; puesto que en últimas, la razón de ser consiste en *“rechazar la imputación de responsabilidad por la acción u omisión de obligaciones que van más allá del alcance del contrato de interventoría y que no corresponden a un supuesto de responsabilidad basado en la culpa in vigilando, que se predica de aquellas actuaciones establecidas en el contrato principal que han de ser supervisadas por el interventor”*²⁴².

De otra parte, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62 de la nueva LCSP de 2017, encontramos una figura novedosa -similar a la del interventor en Colombia- que resulta obligatoria (antes potestativa en el TRLCSP), por parte del órgano de contratación, como es la designación del **“responsable del contrato”**, con unas características especiales en las siguientes tipologías contractuales: i) Contratos de obras (director facultativo); y ii) Concesiones de obra pública y de concesiones de servicios (persona que actúe en defensa del interés general). Cabe precisar que la designación del responsable del contrato es de carácter obligatoria por parte del órgano de contratación, cuyo *“reconocimiento normativo responde, según señalaba la exposición de motivos de la LCSP 2007, a la necesidad de reforzar el control del cumplimiento del contrato y*

²⁴¹ Op. cit., nota al pie 5, p. 16.

²⁴² Íd. p. 17

*de agilizar la solución de las diversas incidencias que pueden surgir durante su ejecución*²⁴³. Ahora, en cuanto a la responsabilidad, el artículo 196 de la LCSP de 2017 contiene como *“regla general la obligación del contratista de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato”,* exceptuando *“los supuestos de que los daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración y de que los daños sean consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por la propia Administración en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación”*²⁴⁴.

En suma, la diferencia entre las dos leyes radica en que la LCSP de 2017 sí contiene unas causales específicas de exoneración de responsabilidad del contratista, sin perjuicio de la responsabilidad de consultores, según lo dispuesto en el artículo 315 sobre *“Indemnizaciones por desviaciones en la ejecución de obras y responsabilidad por defectos o errores del proyecto”*; en cambio la Ley 1882 de 2018 no las prevé (cada caso se analiza en concreto); sin dejar de lado el avance novedoso sobre la limitación de la responsabilidad de los consultores, asesores externos e interventores en relación con el alcance de su propio vínculo contractual. Por último, se puede afirmar que en la imputación de responsabilidad

²⁴³ MORENO MOLINA J.A., Lección 23 *“El Responsable del contrato. Órganos consultivos”*, Modulo IV. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA CONTRATACIÓN, UCLM. p.17.

²⁴⁴ MORENO MOLINA J.A., Lección 33 *“La responsabilidad por daños causados por contratistas y concesionarios de la Administración”*, Modulo IX. LOS EFECTOS Y EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS. UCLM. pp. 3 y 7.



por incumplimiento de las obligaciones del contratista, se debe verificar el nexo de causalidad entre el daño causado por el contratista y la acción u omisión de éste, sin que medie ninguna causal de exoneración; pues *"Es sabido que para que exista responsabilidad se requieren tres elementos absolutamente indispensables y necesarios: el daño, el hecho generador del mismo y el nexo de causalidad que permita imputar el daño a la conducta (acción u omisión) al agente generador"*²⁴⁵.

III. CONCLUSIONES

De lo expuesto en el presente artículo, concluimos que la primera parte o eje de la nueva Ley 1882 de 2018, incorpora importantes novedades en materia de contratación estatal, acordes con los principios de transparencia, selección objetiva, igualdad, libertad de concurrencia y responsabilidad, como son:

- i) **Obligatoriedad de los pliegos-tipo para determinados procesos de selección.** Frente a esta novedad, orientada a garantizar el principio de transparencia de los procesos de selección de contratistas relacionados con el contrato de obra, se observaron algunas diferencias, dado que la Ley 1882 de 2018 establece su carácter obligatorio a nivel nacional; en tanto que la LCSP de 2017 no tiene esa naturaleza vinculante a nivel de toda la administración general del Estado, sin dejar de reconocer que sí se contemplan avanzados

²⁴⁵ PATIÑO, H. Artículo *Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración*. Revista de derecho privado No. 14 de 2008. Universidad Externado de Colombia. p. 193.

estándar de pliegos de cláusulas administrativas particulares que pueden ser de especial referencia para el derecho colombiano (caso ayuntamiento de Madrid).

- ii) **Subsanabilidad de la oferta.** La novedad de la Ley 1882 de 2018, en armonía con el principio de selección objetiva y libre concurrencia, contempla una regla de interpretación, en el sentido que todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales hasta el término de traslado del informe de evaluación; regla que no se prevé en la LCSP de 2017.
- iii) **Presentación de la oferta en dos (2) sobres separados.** Esta novedad de la Ley 1882 de 2018, es acorde con el principio de transparencia y libertad de concurrencia; junto con la novedad del segundo sobre (oferta económica) que se mantendrá cerrado hasta la audiencia efectiva de adjudicación. Por su parte, la LCSP de 2017 señala unas características que se distancian de la Ley 1882 de 2018; entre ellas: i) la presentación de la proposición en archivos electrónicos; ii) su aplicación, siempre y cuando se utilicen pluralidad de criterios de adjudicación; iii) el primer sobre se refiere únicamente a criterios de ponderación; y iv) el segundo sobre, valora documentación mediante fórmulas.
- iv) **Limitación de la responsabilidad directa de consultores, asesores externos e interventores, frente al alcance de su propio contrato.** Esta novedad es coherente con el principio de responsabilidad e igualdad, y en



ambas leyes comparten la responsabilidad directa del contratista por los daños que cause en la ejecución, siempre y cuando exista un nexo de causalidad entre el daño y la acción u omisión del contratista. Resulta ser un gran avance novedoso sobre la limitación de la responsabilidad de los consultores, asesores externos e interventores en relación con el alcance de su propio contrato; pues, dicho de otra manera, la imputación del daño requiere un nexo de causalidad y no procederá con ocasión de obligaciones distintas del negocio jurídico que los vincula. De otro lado, si bien la LCSP de 2017 contempla la figura del responsable del contrato de carácter obligatorio; la diferencia sustancial reside en que se contempla unas causales específicas de exoneración de responsabilidad del contratista, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 315; en cambio la Ley 1882 de 2018 no las estipula.

Así las cosas, de las novedades incorporadas en la Ley 1882 de 2018, se destaca la implementación de los "Pliegos-tipo" (*vacatio legis* de 6 meses) como una de las más importantes; puesto que se trata de un tema que genera controversia y rechazo por parte de las entidades territoriales que ven limitada su autonomía para confeccionar los pliegos de condiciones relacionados con la tipología contractual del contrato de obra; pero que, sin duda alguna, a pesar de sus pros y contras -cuya última palabra la tendrá la Corte Constitucional²⁴⁶-, representa grandes retos y beneficios para la transparencia de la contratación

²⁴⁶ Se reitera, que el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, fue demandado a principios del mes de mayo de 2018 ante la Corte Constitucional.

pública, así como la lucha contra la corrupción como uno de los flagelos más graves del país; máxime si tenemos en cuenta que responde, entre otras, a la recomendación de la OCDE que, dicho sea de paso, significa una excelente noticia y avance fundamental para Colombia que el pasado 30 de mayo de 2018 se firmó en París su adhesión, convirtiéndose de esta manera en el *"trigésimo séptimo miembro de la OCDE"*²⁴⁷; es decir, vamos por buen camino hacia las mejores prácticas en contratación, con bastantes retos y desafíos hacia el futuro.

Adicionalmente, si bien es cierto la Ley 1882 de 2018 estableció la obligatoriedad de "Pliegos-tipo" para procesos de selección relacionados con la tipología contractual del contrato de obra, y a pesar de que el gobierno podrá extender en el futuro a otros tipos de procesos y tipologías contractuales como dispone la propia ley; observamos con beneplácito el aval de la consulta anticorrupción por parte del Senado de la República del día 5 de junio de 2018, fecha a partir de la cual empieza un período de tres (3) meses para que el presidente de la república convoque a la votación de esta trascendental consulta para; toda vez que una de las siete (7) preguntas a decidir es la siguiente: *"¿Aprueba usted establecer la **obligación a todas las entidades públicas y territoriales de usar pliegos tipo**, que reduzcan la manipulación de requisitos habilitantes y ponderables y la contratación a dedo con un número anormalmente bajo de proponentes, en*

²⁴⁷ Presidencia de la República de Colombia. Noticias: *"Presidente Santos firma adhesión de Colombia a la Ocdé"*. Consultado en: <http://es.presidencia.gov.co/noticia/180530-Presidente-Santos-firma-adhesion-de-Colombia-a-la-Ocde> [Fecha última consulta: 5 de junio de 2018].



todo tipo de contrato con recursos públicos?²⁴⁸

(*Se resalta*). Pues bien, si se obtiene la votación exigida para la consulta popular, los "Pliegos-tipo" serán de obligatorio cumplimiento no solo para tipologías contractuales afines al contrato de obra conforme a lo dispuesto en la Ley 1882 de 2018; sino que también aplicaría para: i) la totalidad de entidades públicas y territoriales; y ii) todas las tipologías contractuales, siempre y cuando involucren recursos públicos.

Finalmente, comoquiera que ambas normativas -Ley 1882 de 2018 (Colombia) y LCSP de 2017 (España)- se verán enfrentadas de una u otra forma a la vieja expresión máxima "*hecha la ley, hecha la trampa*", consideramos que amén de la observancia de la ley, mayores controles y sanciones, aunado al respeto por los principios para combatir la corrupción dentro del marco de "*la existencia de un Derecho global de los contratos públicos*"²⁴⁹; resulta necesario promover, rescatar, enseñar y tomar conciencia desde todos los ámbitos el valor supremo de la ética y moral pública - íntimamente ligado a la transparencia- y el postulado de la buena fe, que debe gobernar y reinar, sin lugar a dudas, por parte de todos aquellos que intervienen de

²⁴⁸ Noticias El Tiempo, "*¿Si la consulta anticorrupción fuera hoy, usted cómo votaría?*", Consultado en: <http://www.eltiempo.com/politica/congreso/cuales-son-las-preguntas-de-la-consulta-anticorrupcion-227168> [Fecha última consulta: 5 de junio de 2018].

²⁴⁹ PINTOS SANTIAGO, J., "*EN EL CAMINO DE LA CONSOLIDACIÓN DE UN DERECHO GLOBAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA A TRAVÉS DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DESARROLLO HUMANO Y SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL*", Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado. p. 4.

manera directa o indirecta en el *iter* de la contratación pública.

IV. BIBLIOGRAFÍA

1. MORENO MOLINA J.A., Lecturas del "MÁSTER EN DERECHO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA" (MCP-13) (XIII ED). UCLM. 2017-2018.
2. PATIÑO, H. Artículo "*Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración*". Revista de derecho privado No. 14 de 2008. Universidad Externado de Colombia.
3. PINTOS SANTIAGO, J., "*EN EL CAMINO DE LA CONSOLIDACIÓN DE UN DERECHO GLOBAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA A TRAVÉS DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DESARROLLO HUMANO Y SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL*", Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado.
4. SANTOFIMIO GAMBOA J.O., "*Tratado de Derecho Administrativo*", Universidad Externado de Colombia, Tercera edición, Bogotá D.C. (Colombia), Tomo I. 2005.

V. JURISPRUDENCIAS

1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Rad. No. 24.715.



2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección tercera, Subsección C, sentencia del 31 de enero de 2011, Consejera ponente: Olga Melida Valle de la Hoz. Rad. No. 17767.
3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de noviembre de 2014, Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Rad. No. 27986.
4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 16 de mayo de 2016. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad. 55.401.
5. Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales. Junta de Andalucía. Resolución 22/2017, Consultado en http://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/resolucion_tarc/17/02/RESOLUCION%2022_17__RCT_311_16.pdf
6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1 de marzo de 2018, Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth. Rad. No. 250002326000200301980 01.

VI. WEBGRAFÍA

1. ALDANA SALAZAR, I., *“Pliegos estandarizados en Colombia, ¿mecanismo para combatir la corrupción?”*, Consultado en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/especiales/administrativo-y-contratacion/pliegos-estandarizados-en-colombia-mecanismo-para> [Fecha última consulta: 31 de mayo de 2018].
2. CAICEDO FERRER J. M. *“De contratación y mafias - Con la aprobación del pliego-tipo, las únicas que pierdan serán las mafias de la contratación.”*. Consultado en <http://m.eltiempo.com/amp/opinion/columnistas/juan-martin-caicedo-ferrer/columnistas-219756> [Fecha última consulta: 23 de mayo de 2018].
3. Colombia Compra Eficiente, Consultado en: <https://colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/pliegos-tipo> [Fecha última consulta: 24 de mayo de 2018].
4. Contratación en línea. *“Corte Constitucional admitió demanda contra apartes del artículo 4 de la Ley 1882 de 2018”*, Consultado en: http://www.contratacionenlinea.co/index.php?action=view&id=3762&module=newsmodule&src=%40random50ff48e1e3fd3&utm_term=BOLETIN+CEL+557+DE+2018.+Actualidad+normativa.+Demanda+contra+Ley+1882+de+2018.+Contrato+realidad.+Inhabilidad+alcaldes.+Intervencion+de+aseguradoras+en+procesos+contractuales.+Termino+de+caducidad+cuando+se+demanda+los+actos+administrativ&utm_campaign=CONTRACIONENLINEA.CO&utm_source=e-



goi&utm_medium=email [Fecha última consulta: 23 de mayo de 2018].

5. Gaceta del Congreso de la República de Colombia, Consultado en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3 [Fecha última consulta: 6 de abril de 2018].
6. Noticias Eje21. *Reafirman apoyo a la figura del 'pliego tipo' para la contratación de las obras públicas.* Consultado en <http://www.eje21.com.co/2017/11/reafirman-apoyo-a-la-figura-del-pliego-tipo-para-la-contratacion-de-las-obras-publicas/>. [Fecha última consulta: 23 de mayo de 2018].
7. Noticias El Tiempo, *"¿Si la consulta anticorrupción fuera hoy, usted cómo votaría?",* Consultado en: <http://www.eltiempo.com/politica/congreso/cual-es-son-las-preguntas-de-la-consulta-anticorrupcion-227168> [Fecha última consulta: 5 de junio de 2018].
8. PÉREZ BUITRAGO S., *"Las claves para entender la nueva modificación a las normas de contratación",* Consultado en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/administrativo-y-contratacion/las-claves-para-entender-la-nueva-modificacion-las> [Fecha última consulta: 21 de mayo de 2018].
9. Portal de transparencia del Ayuntamiento de Madrid, *PCAP - Adaptados a la LCSP 9/2017,* Consultado en: <https://transparencia.madrid.es/portales/transpa>

[renCIA/es/Economia-y-presupuestos/Contratacion/Modelos-de-documentos/PCAP-Adaptados-a-la-LCSP-9-2017/?vgnnextfmt=default&vgnnextoid=d7e833dcc6bd1610VgnVCM2000001f4a900aRCRD&vgnnextchannel=11f81198e6af1610VgnVCM2000001f4a900aRCRD](http://gabilex.castillalamancha.es/rencia/es/Economia-y-presupuestos/Contratacion/Modelos-de-documentos/PCAP-Adaptados-a-la-LCSP-9-2017/?vgnnextfmt=default&vgnnextoid=d7e833dcc6bd1610VgnVCM2000001f4a900aRCRD&vgnnextchannel=11f81198e6af1610VgnVCM2000001f4a900aRCRD) [Fecha última consulta: 24 de mayo de 2018].

10. Presidencia de la República de Colombia. Noticias: *"Presidente Santos firma adhesión de Colombia a la Oede"*. Consultado en: <http://es.presidencia.gov.co/noticia/180530-Presidente-Santos-firma-adhesion-de-Colombia-a-la-Oede> [Fecha última consulta: 5 de junio de 2018].
11. Presidencia de la República, Normativa, Leyes, Consultado en: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/leyes> [Fecha última consulta: 6 de abril de 2018].
12. Proyecto de Ley 084 del Senado de la República (2016), *"Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia"*, Exposición de motivos, Consultado en: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/pl-2016-2017/743-proyecto-de-ley-084-de-2016>. [Fecha última consulta: 6 de abril de 2018].

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

**COMENTARIO DE
LEGISLACIÓN**

“PRINCIPALES NOVEDADES DE LA LEY ORGÁNICA 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES”

Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes
de Castilla-La Mancha
DPO de las Cortes de Castilla-La Mancha
Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de
Comunidades de Castilla-La Mancha (en situación
administrativa de servicios en otras AAPP)

Fecha finalización del artículo: 7 de diciembre de 2018

RESUMEN:

El 7 de diciembre de 2018 ha entrado en vigor la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y a través de este artículo se trata de analizar cuáles son las novedades más importantes que introduce la citada normativa jurídica.

PALABRAS CLAVE: protección de datos, derechos digitales, delegado de protección de datos.



ABSTRACT: On December 7, 2018, the Organic Law 3/2018, of December 5, on the Protection of Personal Data and the guarantee of digital rights came into force, and through this article we try to analyze which are the most important novelties introduces the aforementioned legal regulations.

KEY WORDS: data protection, digital rights, data protection officer

SUMARIO:

I. LA PROTECCIÓN DE DATOS EN ESPAÑA.- II. LA LEY ORGÁNICA 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES: PROCESO DE ELABORACIÓN, ESTRUCTURA, OBJETO, ÁMBITO DE APLICACIÓN, Y PRINCIPIOS DE LA NORMA.- III. PRINCIPALES NOVEDADES.- IV. CONCLUSIONES

I. LA PROTECCIÓN DE DATOS EN ESPAÑA.

La Constitución Española de 1978 no reconoce expresamente la protección de datos como derecho fundamental, básicamente porque teniendo en cuenta la fecha de nuestro texto constitucional no existía una necesidad de regulación jurídica, sin perjuicio que por vía de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se haya procedido a su reconocimiento como derecho fundamental en relación con otros expresamente previstos, como posteriormente analizaremos.

El reconocimiento de la libertad informática como derecho fundamental se inicia con la STC 254/1993,

continúa con la Sentencia 94/1998, de 4 de mayo²⁵⁰ y se consolida con la STC 292/2000, de 30 de noviembre²⁵¹, por su directa conexión con el respeto a la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE), y el derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE).

En concreto, hay que partir de la base que el artículo 18.4 CE señala que *“La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”*, por lo que se remite a un desarrollo legislativo ulterior que no se produciría hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, en adelante LORTAD, que estuvo vigente hasta el 14 de enero de 2000. Hasta dicho momento, la protección

²⁵⁰ En esta sentencia el Tribunal Constitucional declaró que nos encontraríamos ante un derecho fundamental a la protección de datos por el que se garantiza a la persona el control sobre sus datos, cualesquiera datos personales, y sobre su uso y destino, para evitar el tráfico ilícito de los mismos o lesivo para la dignidad y los derechos de los afectados. Así, el derecho a la protección de datos se configuraría como una facultad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean usados para fines distintos a aquél que justificó su obtención.

²⁵¹ Por su parte, en la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, se define como un derecho autónomo e independiente que consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.



jurídica del contenido del artículo 18.4 CE se realizaba por la vía de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, lo que fue objeto de críticas por algunos sectores doctrinales puesto que el ámbito y los mecanismos de protección no eran plenamente coincidentes.

Tras la LORTAD, entró en vigor la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en adelante LOPD (a fin de trasponer a nuestro derecho a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos) de la que cabe destacar, en primer término, su longevidad teniendo en cuenta que los rápidos avances que se producen en el ámbito tecnológico podrían haber dejado la norma jurídica obsoleta, lo que no se ha producido hasta ahora como consecuencia de ser una norma técnicamente avanzada para el momento en la que fue aprobada y flexible que ha permitido que fuera complementada por la jurisprudencia.

Posteriormente, en el Diario Oficial de la Unión Europea, de fecha 4 de mayo de 2016, se publicó el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), en adelante RGPD.

El RGPD²⁵² entró en vigor en España el 25 de mayo de 2018 como norma jurídica de Derecho comunitario con alcance general y eficacia directa, lo que implica que es directamente aplicable en todos los Estados de la Unión por cualquier autoridad o particular, sin que sea precisa ninguna norma jurídica de origen interno o nacional que la transponga para completar su eficacia plena (asimismo, puede ser invocada la tutela jurisdiccional ante los tribunales nacionales o comunitarios por los particulares)²⁵³.

No obstante, a pesar de su eficacia directa por legislador nacional se ha considerado que la adaptación al RGPD requiere la elaboración de una nueva ley

²⁵² En el artículo 1 del RGPD se contiene cual es el objeto o finalidad de la norma comunitaria, que es regular las normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y las normas relativas a la libre circulación de tales datos, así como la protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y, en particular, su derecho a la protección de los datos personales. También se contempla como principio programático que la libre circulación de los datos personales en la Unión no podrá ser restringida ni prohibida por motivos relacionados con la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales.

²⁵³ Para mayor información sobre el RGPD, puede verse el artículo de MAYOR GÓMEZ.R: *“Contenido y novedades del Reglamento General de Protección de datos de la UE (Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril de 2016)”*, publicado en Revista Jurídica del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, nº 6, Gabilex (páginas 243-280). Toledo. 2016, disponible en el siguiente enlace [fecha de consulta y disponibilidad: 3 de diciembre de 2018]:

http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20160709/revista_gabilex_no_6_autor_roberto_mayor_gomez.pdf



orgánica que sustituya a la actual siendo su razón última procurar seguridad jurídica, según se indica en su preámbulo.

II. LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES: PROCESO DE ELABORACIÓN, ESTRUCTURA, OBJETO, ÁMBITO DE APLICACIÓN, Y PRINCIPIOS DE LA NORMA PROCESO DE ELABORACIÓN.

El Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales²⁵⁴ fue presentado por el Gobierno en el Congreso de los Diputados el 14 de noviembre de 2017, siendo calificado el 21 de noviembre de 2017, correspondiendo a la Comisión de Justicia la tramitación parlamentaria.

La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales fue finalmente aprobada con un 93% de apoyo parlamentario, habiéndose publicado en el Boletín Oficial del Estado de fecha 6 de diciembre de 2018²⁵⁵.

²⁵⁴ El seguimiento o huella parlamentaria del Proyecto se puede consultar en el siguiente enlace [fecha de consulta y disponibilidad: 4 de diciembre de 2018]:

http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&PIECE=IWA2&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLBA.fmt&QUERY=121.cini.+y+%28%40fcie+o+concluido.fase.%29&DOCS=4-4

²⁵⁵ Se puede consultar en el siguiente enlace:

ESTRUCTURA

Esta ley orgánica consta de noventa y siete artículos estructurados en diez títulos, veintidós disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y dieciséis disposiciones finales:

- TÍTULO I. Disposiciones generales (artículos 1-3)
- TÍTULO II. Principios de protección de datos (artículos 4-10)
- TÍTULO III. Derechos de las personas (artículos 11-18)
- TÍTULO IV. Disposiciones aplicables a tratamientos concretos (artículos 19-27)
- TÍTULO V. Responsable y encargado del tratamiento (artículos 28-39)
- TÍTULO VI. Transferencias internacionales de datos (artículos 40-43)
- TÍTULO VII. Autoridades de protección de datos (artículos 44-62)
- TÍTULO VIII. Procedimientos en caso de posible vulneración de la normativa de protección de datos (artículos 63-69)
- TÍTULO IX. Régimen sancionador (artículos 70-78)
- TÍTULO X. Garantía de los derechos digitales (artículos 79-97)

Por otra parte, en la Disposición Derogatoria única se indica expresamente que queda derogada la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional decimocuarta y en la disposición transitoria cuarta.

<https://www.boe.es/boe/dias/2018/12/06/pdfs/BOE-A-2018-16673.pdf>



Igualmente, queda derogado el Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos y cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan, o resulten incompatibles con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la propia LOPDP Y GDD.

OBJETO

De conformidad con el artículo 1 de la LOPDP Y GDD se dispone que esta norma jurídica tiene por objeto:

a) Adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos, y completar sus disposiciones.

Se concreta que el derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos personales, amparado por el artículo 18.4 de la Constitución, se ejercerá con arreglo a lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la LOPDP Y GDD.

b) Garantizar los derechos digitales de la ciudadanía conforme al mandato establecido en el artículo 18.4 de la Constitución Española.

ÁMBITO DE APLICACIÓN

Respecto al ámbito de aplicación de la LOPDP Y GDD se declara que lo dispuesto en los Títulos I a IX (artículos

1 a 78), y en los artículos 89 a 94 se aplica a cualquier tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero.

No obstante, se indica expresamente que la LOPDP Y GDD no será de aplicación a:

- a) A los tratamientos excluidos del ámbito de aplicación del RGPD por su artículo 2.2, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo 2 de la citada norma.
- b) A los tratamientos de datos de personas fallecidas, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3.
- c) A los tratamientos sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas.

Además, se contienen previsiones respecto de los tratamientos a los que no sea directamente aplicable el Reglamento (UE) 2016/679 por afectar a actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea²⁵⁶, y el tratamiento de datos llevado a cabo con ocasión de la tramitación por los

²⁵⁶ Este tipo de tratamiento se registrarán por lo dispuesto en su legislación específica si la hubiere y supletoriamente por lo establecido en el citado reglamento y en la presente ley orgánica. Se encuentran en esta situación, entre otros, los tratamientos realizados al amparo de la legislación orgánica del régimen electoral general, los tratamientos realizados en el ámbito de instituciones penitenciarias y los tratamientos derivados del Registro Civil, los Registros de la Propiedad y Mercantiles.



órganos judiciales de los procesos de los que sean competentes²⁵⁷.

PRINCIPIOS DE LA NORMA

Los principios de protección de datos que se contemplan en la LOPDP Y GDD (Título II) son:

- Exactitud de los datos (artículo 4)
- Deber de confidencialidad (artículo 5)
- Tratamiento basado en el consentimiento del afectado (artículo 6)
- Consentimiento de los menores de edad (artículo 7)
- Tratamiento de datos por obligación legal, interés público o ejercicio de poderes públicos (artículo 8)
- Categorías especiales de datos (artículo 9)
- Tratamiento de datos de naturaleza penal (artículo 10)

III. PRINCIPALES NOVEDADES

A efectos de facilitar su comprensión, se ha procedido a realizar y sistematizar las principales novedades que introduce la LOPDP Y GDD, diferenciando el texto normativo de sus disposiciones adicionales y finales, en donde también se contemplan importantes cambios que

²⁵⁷ Para este tipo de tratamiento, así como el realizado dentro de la gestión de la Oficina Judicial, se dispone que se regirán por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y la presente ley orgánica, sin perjuicio de las disposiciones de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial, que le sean aplicables.

afectan a otras normas jurídicas en el ámbito de la protección de datos.

A continuación, procederemos por tanto a realizar una enumeración y descripción de las novedades más importantes que introduce la LOPDP Y GDD en su texto normativo:

1º) REGULACIÓN DEL “TESTAMENTO DIGITAL” (artículo 3)

Hay que resaltar la novedad en la regulación de los datos referidos a las personas fallecidas, ya que si bien se excluye a éstas del ámbito de aplicación de la LOPDP Y GDD²⁵⁸, se permite que las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho o sus herederos puedan solicitar el acceso a los mismos, así como su rectificación o supresión, en su caso, con sujeción a las instrucciones del fallecido.

Así, en el artículo 3 LOPDP Y GDD se contempla que las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos puedan dirigirse al responsable o encargado del tratamiento con el objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o supresión²⁵⁹, salvo en el supuesto que la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley (esta prohibición no afecta, en todo caso, al derecho de

²⁵⁸ Art. 2.2 b) LOPDP Y GDD.

²⁵⁹ Se prevé que mediante real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de estos mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos.



los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante).

También las personas o instituciones a las que el fallecido hubiese designado expresamente para ello pueden solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los datos personales de éste y, en su caso su rectificación o supresión.

Además, en el supuesto de fallecimiento de menores de edad, estas facultades pueden ejercitarse también por sus representantes legales o por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada. En el supuesto de fallecimiento de personas con discapacidad, esas facultades podrán ejercerse, además de por los anteriores, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo, si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado.

2º) DETERMINACIÓN DE LA EDAD PARA EL CONSENTIMIENTO LÍCITO DE LOS MENORES DE EDAD: 14 AÑOS (artículo 7)

El artículo 8 del RGPD, que regula las condiciones aplicables al consentimiento del niño en relación con los servicios de la sociedad de la información, indicaba que el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años, si bien ya contemplaba expresamente que los Estados miembros pudieran establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años.

De conformidad con la anterior previsión, en la LOPDP Y GDD se ha mantenido la edad de 14 años que se contenía en la normativa nacional, para que el tratamiento de los datos personales de un menor de edad pueda fundarse en su consentimiento.

Respecto del tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo sería lícito si constase el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela.

3º) SIMPLIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA E INFORMACIÓN AL AFECTADO (artículo 11)

Por la LOPDP Y GDD se lleva a cabo una simplificación de las obligaciones de transparencia e información al afectado, ya que en el sistema de información en dos capas, que adquiere rango normativo, se reduce el contenido mínimo de la capa básica (a la identidad del responsable del tratamiento y de su representante, en su caso; finalidad del tratamiento; y posibilidad de ejercer los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679) frente a las recomendaciones de la guía publicada por la AEPD²⁶⁰ ("Responsable", "Finalidad", "Legitimación", "Destinatarios", "Derechos", y "Procedencia"). Además, se añade que siempre se deberá indicar una dirección

²⁶⁰ La referida guía se puede consultar en el siguiente enlace [fecha de consulta y disponibilidad :30 de noviembre de 2018]:

<https://www.aepd.es/media/guias/guia-modelo-clausula-informativa.pdf>



electrónica o medio alternativo para acceder de forma sencilla a la información.

4º) NUEVAS ESPECIFICACIONES EN EL DERECHO DE ACCESO (artículo 13)

En el artículo 13.2 de la LOPDP Y GDD se contienen nuevas especificaciones en el derecho de acceso, reconociendo la posibilidad de que se pueda crear un módulo en el que el titular de los datos pueda acceder a su información de forma remota, directa, simple y segura.

Asimismo, el artículo 13.3 de la LOPDP Y GDD advierte que en caso de que el interesado repita este ejercicio del derecho de acceso en menos de seis meses, a menos que exista una causa legítima para ello, se podrá considerar repetitivo, siendo la consecuencia jurídica que podría aplicarle un canon razonable, o incluso negarse a atender la solicitud, de conformidad con la remisión que se contiene al artículo 12.5 del Reglamento (UE) 2016/679.

5º) REGULACIÓN LEGAL DEL TRATAMIENTO CON FINES DE VIDEOVIGILANCIA (artículo 22)

La LOPD Y GDD realiza una actualización de los requisitos en los tratamientos con fines de videovigilancia, ya que hasta el momento sólo existía una instrucción de la AEPD y ahora se genera una base legitimadora regulada.

Las principales innovaciones son que:

- Los datos serán suprimidos en el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo cuando hubieran de ser conservados para acreditar la comisión de actos que atenten contra la integridad de personas, bienes o instalaciones
- Cuando hubieran de ser conservados para acreditar la comisión de actos que atenten contra la integridad de personas, bienes o instalaciones las imágenes deberán ser puestas a disposición de la autoridad competente en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que se tuviera conocimiento de la existencia de la grabación.
- Se declara que no será de aplicación a estos tratamientos la obligación de bloqueo prevista en el artículo 32 de LOPDP Y GDD
- El deber de información, en la 1ª capa, se reduce puesto que se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679. Además, se añade que podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet a esta información
- Como excepción a la grabación en la vía pública se indica que no puede captar interior de vivienda (*"sin que en ningún caso pueda suponer la captación de imágenes del interior de un domicilio privado"*)
- En el caso de tratamiento por el empleador de datos obtenidos a través de sistemas de cámaras



o videocámaras se somete a lo dispuesto en el artículo 89 LOPD Y GDD (control laboral)

6º) SE CONTEMPLA UN SISTEMA DE INFORMACIÓN DE DENUNCIAS INTERNAS QUE INCLUSO PUEDEN SER ANÓNIMAS (artículo 24)

La LOPDP Y GDD introduce la posibilidad de que en las entidades de Derecho privado las denuncias puedan ser anónimas, pero exige aplicar importantes medidas de confidencialidad.

Así, además de las restricciones de acceso a los datos contenidos en estos sistemas, se prevé que se adopten las medidas necesarias para preservar la identidad y garantizar la confidencialidad de los datos correspondientes a las personas afectadas por la información suministrada, particularmente de personas que hubieran puesto los hechos en conocimiento de la entidad, en caso de que se hubiera identificado.

La información que se haya gestionado a través del sistema de denuncia se conservará durante el tiempo imprescindible para decidir sobre la procedencia de iniciar una investigación sobre los hechos denunciados únicamente, y, en todo caso, se podrá mantener durante un máximo de tres meses. Una vez transcurrido este tiempo, los datos deberán ser anonimizados y trasladados a otro espacio.

Respecto a las administraciones públicas se indica que los principios que rigen esta regulación serán aplicables a los sistemas de denuncias internas que pudieran crearse.

7º) CONCRECIÓN DE LOS FACTORES A TENER EN CUENTA PARA LLEVAR A CABO UNA EVALUACIÓN DE IMPACTO (artículos 28)

El RGPD prevé que, cuando sea probable que un tratamiento implique un alto riesgo para los derechos y libertades de los ciudadanos, el responsable de tratamiento debe llevar a cabo una evaluación de impacto, si bien no plantea supuestos concretos frente a la evaluación de impacto.

Sin embargo, la LOPDP Y GDD sí que lo realiza en su artículo 28 en donde se detallan una serie de supuestos (situaciones de discriminación, usurpación de identidad, fraude, pérdidas financieras o daño para la reputación; la inclusión de datos sensibles o relacionados con la comisión de infracciones administrativas; la transferencia internacional de datos sin el nivel adecuado de protección; así como cuando se trate de personas en situación de vulnerabilidad, como menores de edad o personas con discapacidad...) sin perjuicio de cualesquiera otros que, a juicio del responsable o del encargado de tratamiento, pudieran tener relevancia y en particular aquellos previstos en códigos de conducta y estándares definidos por esquemas de certificación.

8º) FORTALECIMIENTO DE LA FIGURA DEL DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS (artículos 34-37)

Se especifican los supuestos en los que, en todo caso, se tendrá que nombrar un Delegado de Protección de Datos²⁶¹ (DPO), concretando que la cualificación para

²⁶¹ El artículo 44.1 LOPDP Y GDD enumera las siguientes entidades:



-
- a) Los colegios profesionales y sus consejos generales.
 - b) Los centros docentes que ofrezcan enseñanzas en cualquiera de los niveles establecidos en la legislación reguladora del derecho a la educación, así como las Universidades públicas y privadas.
 - c) Las entidades que exploten redes y presten servicios de comunicaciones electrónicas conforme a lo dispuesto en su legislación específica, cuando traten habitual y sistemáticamente datos personales a gran escala.
 - d) Los prestadores de servicios de la sociedad de la información cuando elaboren a gran escala perfiles de los usuarios del servicio.
 - e) Las entidades incluidas en el artículo 1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.
 - f) Los establecimientos financieros de crédito.
 - g) Las entidades aseguradoras y reaseguradoras.
 - h) Las empresas de servicios de inversión, reguladas por la legislación del Mercado de Valores.
 - i) Los distribuidores y comercializadores de energía eléctrica y los distribuidores y comercializadores de gas natural.
 - j) Las entidades responsables de ficheros comunes para la evaluación de la solvencia patrimonial y crédito o de los ficheros comunes para la gestión y prevención del fraude, incluyendo a los responsables de los ficheros regulados por la legislación de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.
 - k) Las entidades que desarrollen actividades de publicidad y prospección comercial, incluyendo las de investigación comercial y de mercados, cuando lleven a cabo tratamientos basados en las preferencias de los afectados o realicen actividades que impliquen la elaboración de perfiles de los mismos.
 - l) Los centros sanitarios legalmente obligados al mantenimiento de las historias clínicas de los pacientes. Se exceptúan los profesionales de la salud que, aun estando legalmente obligados al mantenimiento de las historias clínicas de los pacientes, ejerzan su actividad a título individual.

desarrollar las funciones de DPO podrá demostrarse, entre otros medios, a través de mecanismos voluntarios de certificación que tendrán particularmente en cuenta la obtención de una titulación universitaria que acredite conocimientos especializados en el derecho y la práctica en materia de protección de datos.

También se contempla una labor activa del DPO en la resolución de conflictos en materia de protección de datos ya que con carácter previo a la presentación de una reclamación por los afectados ante la AEPD o, en su caso, ante las autoridades autonómicas de protección de datos, que se vaya a realizar contra el responsable o el encargado del tratamiento, aquéllos podrán dirigirse al delegado de protección de datos de la entidad contra la que se reclame, quien comunicará su decisión adoptado en el plazo máximo de dos meses a contar desde la recepción de la reclamación.

En el caso que no se haya hecho uso de la opción anterior, se recoge en la norma que cuando el afectado haya presentado una reclamación ante la AEPD o, en su caso, ante las autoridades autonómicas de protección de datos, aquéllas podrán remitir la reclamación al DPO a fin de que éste responda en el plazo de un mes, y que transcurrido dicho plazo sin que se haya comunicado la

-
- m) Las entidades que tengan como uno de sus objetos la emisión de informes comerciales que puedan referirse a personas físicas.
 - n) Los operadores que desarrollen la actividad de juego a través de canales electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos, conforme a la normativa de regulación del juego.
 - ñ) Las empresas de seguridad privada.
 - o) Las federaciones deportivas cuando traten datos de menores de edad



respuesta dada a la reclamación, dicha autoridad continuará el procedimiento con arreglo a lo establecido en el Título VIII de la LOPD Y GDD y en sus normas de desarrollo.

9º) CAMBIO EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (artículo 44)

La Agencia Española de Protección de Datos se configura ahora como una autoridad administrativa independiente de ámbito estatal, de las previstas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, con personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones²⁶².

Su denominación oficial será «Agencia Española de Protección de Datos, Autoridad Administrativa Independiente», de conformidad con lo establecido en el artículo 109.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

También se introducen cambios en sus funciones u organización como, por ejemplo, la creación del Adjunto en el que podrá delegar sus funciones, a excepción de las relacionadas con los procedimientos regulados por el Título VIII de la LOPD Y GDD, y que la sustituirá en el ejercicio de las mismas en los términos

²⁶² De conformidad con el mandato del Reglamento (UE) 2016/679 las autoridades de protección de datos se debían establecer y configurar por ley nacional.

previstos en el Estatuto Orgánico de la Agencia Española de Protección de Datos.

10º) NO SE PLANTEAN SANCIONES ECONÓMICAS AL SECTOR PÚBLICO, ÓRGANOS CONSTITUCIONALES Y OTRAS ENTIDADES (artículo 77)

En el artículo 77 se recogen una serie de entidades respecto de las que no está previsto el régimen económico sancionador, que se aplica únicamente a las entidades de derecho privado, sino el apercibimiento.

No obstante, se prevé que la autoridad de protección de datos propondrá también la iniciación de actuaciones disciplinarias cuando existan indicios suficientes para ello, y que cuando las infracciones sean imputables a autoridades y directivos, y se acredite la existencia de informes técnicos o recomendaciones para el tratamiento que no hubieran sido debidamente atendidos, en la resolución en la que se imponga la sanción se incluirá una amonestación con la denominación del cargo responsable y se ordenará la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o autonómico que corresponda.

Además, deberán comunicar a la autoridad de protección de datos las resoluciones que recaigan en relación con las medidas y actuaciones a que se refieren los apartados anteriores, y al Defensor del Pueblo o, en su caso, a las instituciones análogas de las comunidades autónomas las actuaciones realizadas y las resoluciones dictadas en este ámbito.



11º) SE RECONOCE Y GARANTIZAN NUEVOS DERECHOS DIGITALES (artículos 80-96)

Se trata sin duda de una de las principales novedades de la norma, ya que en el Título X se reconocen y garantizan una serie de derechos digitales de los ciudadanos²⁶³ conforme al mandato establecido en la Constitución Española, según indica.

En particular, son objeto de regulación los siguientes derechos y libertades digitales:

- Derecho a la neutralidad de Internet (artículo 80)
- Derecho de acceso universal a Internet (artículo 81)
- Derecho a la seguridad digital (artículo 82)
- Derecho a la educación digital (artículo 83)
- Protección de los menores en Internet (artículo 84)
- Derecho de rectificación en Internet (artículo 85)
- Derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales (artículo 86)

²⁶³ Resulta interesante la Declaración de la Universidad de Deusto sobre Derechos Humanos en Entornos Digitales en la que ha procedido a reconocer un catálogo de derechos digitales, y cuyo documento se puede consultar en el siguiente enlace

[fecha de consulta y disponibilidad: 30 de noviembre de 2018]:

<https://www.deusto.es/cs/Satellite/deusto/es/universidad-deusto/sobre-deusto-0/derechos-humanos-en-entornos-digitales>

- Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral (artículo 87)
- Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral (artículo 88)
- Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo (artículo 89)
- Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral (artículo 90)
- Derechos digitales en la negociación colectiva (artículo 91)
- Protección de datos de los menores en Internet (artículo 92)
- Derecho al olvido en búsquedas de Internet (artículo 93)
- Derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes (artículo 94)
- Derecho de portabilidad en servicios de redes sociales y servicios equivalentes (artículo 95)
- Derecho al testamento digital (artículo 96)

A continuación, procederemos a realizar una enumeración y descripción de las novedades más importantes que introduce la LOPDP Y GDD en sus disposiciones adicionales y finales:

12º) CAMBIOS EN LA FORMA DE ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS



a) Necesidad de implementación de medidas de seguridad en el ámbito del sector público: Esquema Nacional de Seguridad (Disposición adicional primera)

Los sujetos enumerados en el artículo 77.1 LOPDP Y GDD²⁶⁴ tendrán que aplicar a los tratamientos de datos personales *“las medidas de seguridad que correspondan de las previstas en el Esquema Nacional de Seguridad, así como impulsar un grado de implementación de medidas equivalentes en las empresas o fundaciones vinculadas a los mismos sujetas al Derecho privado”*, siendo extensivo este requisito en materia de contratación cuando un tercero preste un servicio en régimen de concesión,

²⁶⁴ Estos sujetos son los siguientes:

- a) Los órganos constitucionales o con relevancia constitucional y las instituciones de las comunidades autónomas análogas a los mismos.
- b) Los órganos jurisdiccionales.
- c) La Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración Local.
- d) Los organismos públicos y entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas.
- e) Las autoridades administrativas independientes.
- f) El Banco de España.
- g) Las corporaciones de Derecho público cuando las finalidades del tratamiento se relacionen con el ejercicio de potestades de derecho público.
- h) Las fundaciones del sector público.
- i) Las Universidades Públicas.
- j) Los consorcios.
- k) Los grupos parlamentarios de las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas autonómicas, así como los grupos políticos de las Corporaciones Locales.

encomienda de gestión o contrato, en cuyo caso *“las medidas de seguridad se corresponderán con las de la Administración pública de origen y se ajustarán al Esquema Nacional de Seguridad”*.

b) Fijación de criterios para la protección de datos personales en la identificación de los interesados en las notificaciones por medio de anuncios y publicaciones de actos administrativos realizados por las Administraciones Públicas (Disposición adicional séptima)

En la LOPDP Y GDD se regula cómo deben actuar las Administraciones Públicas cuando procedan a la publicación y notificación de actos administrativos que contengan datos personales.

Así, se detalla que cuando se publique un acto administrativo que contenga datos personales del afectado, se tiene que identificar al mismo *“mediante su nombre y apellidos, añadiendo cuatro cifras numéricas aleatorias del documento nacional de identidad, número de identidad de extranjero, pasaporte o documento equivalente”*, añadiendo que cuando la publicación esté referida a una pluralidad de afectados esas cifras aleatorias deberán alternarse.

En el caso de notificaciones por medio de anuncios, *“se identificará al afectado exclusivamente mediante el número completo de su documento nacional de identidad, número de identidad de extranjero, pasaporte o documento equivalente”*.

Se prevé que en el supuesto que la persona afectada no tuviera cualquiera de los documentos mencionados



anteriormente, se identificará al afectado únicamente mediante su nombre y apellidos.

En todo caso, se declara que *en “ningún caso debe publicarse el nombre y apellidos de manera conjunta con el número completo del documento nacional de identidad, número de identidad de extranjero, pasaporte o documento equivalente”, fijándose cautelas para desarrollar en el ámbito de la violencia de género*²⁶⁵.

c) Reconocimiento de la potestad de verificación de las Administraciones Públicas (Disposición adicional octava).

Se habilita a las Administraciones Públicas para que cuando se formulen solicitudes por cualquier medio en las que el interesado/a declare datos personales que obren en poder de las Administraciones Públicas, el órgano destinatario de la solicitud pueda efectuar, en el ejercicio de sus competencias, las verificaciones necesarias para comprobar la exactitud de los datos.

d) Se sustituye la necesidad del consentimiento expreso, salvo excepciones, por la oposición expresa en las relaciones de los interesados/as con las Administración Públicas (Disposición final duodécima)

²⁶⁵ Se contempla que, para prevenir riesgos para víctimas de violencia de género, el Gobierno impulse la elaboración de un protocolo de colaboración que defina procedimientos seguros de publicación y notificación de actos administrativos, con la participación de los órganos con competencia en la materia.

En la LOPDP Y GDD se contempla una modificación de los apartados segundo y tercero del artículo 28 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas consistente en que, en relación con los documentos aportados por los interesados al procedimiento administrativo, se sustituye la necesidad, salvo excepciones, del consentimiento expreso, por la oposición expresa.

Así, ahora se indica en el apartado segundo del artículo 28 LPACAP²⁶⁶ que *“Los interesados tienen derecho a no aportar documentos que ya se encuentren en poder de*

²⁶⁶ En la redacción del apartado segundo del artículo 28 LPACAP que se deroga se disponía que *“Los interesados no estarán obligados a aportar documentos que hayan sido elaborados por cualquier Administración, con independencia de que la presentación de los citados documentos tenga carácter preceptivo o facultativo en el procedimiento de que se trate, siempre que el interesado haya expresado su consentimiento a que sean consultados o recabados dichos documentos. Se presumirá que la consulta u obtención es autorizada por los interesados salvo que conste en el procedimiento su oposición expresa o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso. En ausencia de oposición del interesado, las Administraciones Públicas deberán recabar los documentos electrónicamente a través de sus redes corporativas o mediante consulta a las plataformas de intermediación de datos u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto. Cuando se trate de informes preceptivos ya elaborados por un órgano administrativo distinto al que tramita el procedimiento, éstos deberán ser remitidos en el plazo de diez días a contar desde su solicitud. Cumplido este plazo, se informará al interesado de que puede aportar este informe o esperar a su remisión por el órgano competente”.*



la Administración actuante o hayan sido elaborados por cualquier otra Administración. La administración actuante podrá consultar o recabar dichos documentos salvo que el interesado se opusiera a ello. No cabrá la oposición cuando la aportación del documento se exigiera en el marco del ejercicio de potestades sancionadoras o de inspección".

Igualmente, en el apartado tercero del artículo 28 LPACP²⁶⁷ se introduce que "Las Administraciones no exigirán a los interesados la presentación de documentos originales, salvo que, con carácter excepcional, la normativa reguladora aplicable establezca lo contrario. Asimismo, las Administraciones

²⁶⁷ En la redacción del apartado segundo del artículo 28 LPACAP que se deroga se disponía que "Las Administraciones no exigirán a los interesados la presentación de documentos originales, salvo que, con carácter excepcional, la normativa reguladora aplicable establezca lo contrario. Asimismo, las Administraciones Públicas no requerirán a los interesados datos o documentos no exigidos por la normativa reguladora aplicable o que hayan sido aportados anteriormente por el interesado a cualquier Administración. A estos efectos, el interesado deberá indicar en qué momento y ante que órgano administrativo presentó los citados documentos, debiendo las Administraciones Públicas recabarlos electrónicamente a través de sus redes corporativas o de una consulta a las plataformas de intermediación de datos u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto. Se presumirá que esta consulta es autorizada por los interesados, salvo que conste en el procedimiento su oposición expresa o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso, debiendo, en ambos casos, ser informados previamente de sus derechos en materia de protección de datos de carácter personal. Excepcionalmente, si las Administraciones Públicas no pudieran recabar los citados documentos, podrán solicitar nuevamente al interesado su aportación".

Públicas no requerirán a los interesados datos o documentos no exigidos por la normativa reguladora aplicable o que hayan sido aportados anteriormente por el interesado a cualquier Administración. A estos efectos, el interesado deberá indicar en qué momento y ante qué órgano administrativo presentó los citados documentos, debiendo las Administraciones Públicas recabarlos electrónicamente a través de sus redes corporativas o de una consulta a las plataformas de intermediación de datos u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto, salvo que conste en el procedimiento la oposición expresa del interesado o la ley especial aplicable requiera su consentimiento expreso. Excepcionalmente, si las Administraciones Públicas no pudieran recabar los citados documentos, podrán solicitar nuevamente al interesado su aportación”.

Este cambio legislativo viene avalado por la propia Agencia Española de Protección de Datos la cual, en un informe de su Gabinete Jurídico²⁶⁸, entendía que la aplicación directa del RGPD desplazaría el contenido del artículo 28, en cuanto fuera aplicable a la protección de datos personales de las personas físicas²⁶⁹, ya que no admite el consentimiento “tácito”, de manera que la base jurídica del tratamiento no podría ser ésta, sino según los casos, el cumplimiento de una obligación legal [art. 6.1.c) RGPD] o el cumplimiento de una

²⁶⁸ El contenido del informe se puede consultar en el siguiente enlace [fecha de consulta y disponibilidad: 27 de noviembre de 2018]:

<https://www.aepd.es/media/informes/2018-0175-base-juridica-tratamiento-por-la-administracion-publica.pdf>

²⁶⁹ Hay que recordar que el RGPD no se aplica a las personas jurídicas (art. 1 RGPD).



misión de interés público o en el ejercicio de poderes públicos [art. 6.1.e) RGPD].

e) Regulaciones específicas aplicables a los tratamientos de los registros de personal del sector público (Disposición adicional duodécima).

En relación con los tratamientos de los registros de personal del sector público se entenderán realizados en el ejercicio de poderes públicos conferidos a sus responsables, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6.1.e) del Reglamento (UE) 2016/679²⁷⁰.

Se reconoce que los registros de personal del sector público puedan tratar datos personales relativos a infracciones y condenas penales e infracciones y sanciones administrativas, limitándose a los datos estrictamente necesarios para el cumplimiento de sus fines.

13º) SOMETIMIENTO DE LA PUBLICIDAD ACTIVA Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA REGULADOS POR EL TÍTULO I DE LA LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y BUEN GOBIERNO (Disposición adicional segunda) Y AMPLIACIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN LOS QUE SE LIMITA EL ACCESO A LA INFORMACIÓN (Disposición final undécima)

²⁷⁰ Que el tratamiento se necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento.

La LOPDP Y GDD dispone que la publicidad activa y el acceso a la información pública regulados por el título I de la ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, así como las obligaciones de publicidad activa establecidas por la legislación autonómica, se someterán, cuando la información contenga datos personales *"a lo dispuesto en los artículos 5.3 y 15 de la Ley 19/2013, en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la presente ley orgánica"*.

Además, se amplía a los *"datos genéticos o biométricos"* o que *"contuviera datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevaran la amonestación pública al infractor"* la exigencia de que el acceso solo se podrá autorizar en caso de que se cuente con el consentimiento expreso del afectado o si aquél estuviera amparado por una norma con rango de ley²⁷¹.

²⁷¹Se modifica el apartado 1 del artículo 15 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que queda redactado de la siguiente manera:

"1. Si la información solicitada contuviera datos personales que revelen la ideología, afiliación sindical, religión o creencias, el acceso únicamente se podrá autorizar en caso de que se contase con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso.

Si la información incluyese datos personales que hagan referencia al origen racial, a la salud o a la vida sexual, incluyese datos genéticos o biométricos o contuviera datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevaran la amonestación pública al infractor, el acceso solo se podrá autorizar en caso de que



14º) FIJACIÓN EXPRESA DE UNAS REGLAS PARA EL CÁMPUTO DE LOS PLAZOS ESTABLECIDOS EN EL REGLAMENTO (UE) 2016/679 O EN LA LOPDP Y GDD (Disposición adicional tercera)

Ya se refieran a relaciones entre particulares o con entidades del sector público, la LOPD Y GDD fija un cómputo de plazos²⁷² análogo al establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas²⁷³, que resultará aplicable tanto al Reglamento (UE) 2016/679 como a la LOPDP Y GDD.

se cuente con el consentimiento expreso del afectado o si aquél estuviera amparado por una norma con rango de ley”.

²⁷² Las reglas para el cómputo de plazos son las siguientes:

- Cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los sábados, los domingos y los declarados festivos.
- Si el plazo se fija en semanas, concluirá el mismo día de la semana en que se produjo el hecho que determina su iniciación en la semana de vencimiento.
- Si el plazo se fija en meses o años, concluirá el mismo día en que se produjo el hecho que determina su iniciación en el mes o el año de vencimiento. Si en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente a aquel en que comienza el cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes.
- Cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente.

²⁷³ Artículo 30.

15º) SE CONTEMPLA UN PROCEDIMIENTO DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL EN RELACIÓN CON DECISIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA EN MATERIA DE TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS (Disposición adicional quinta)

Se prevé que cuando una autoridad de protección de datos considerase que una decisión de la Comisión Europea en materia de transferencia internacional de datos, de cuya validez dependiese la resolución de un procedimiento concreto, infrinja lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, y ello menoscabe el derecho fundamental a la protección de datos, acordará inmediatamente la suspensión del procedimiento, a fin de solicitar del órgano judicial²⁷⁴ autorización para declararlo así en el seno del procedimiento del que esté conociendo.

16º) EN RELACIÓN CON LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN CREDITICIA SE REDUCE DE 6 A 5 AÑOS LA DURACIÓN QUE PUEDEN MANTENERSE EN EL SISTEMA [Artículo 20.1.d)] Y SE ESTABLECE UNA CUANTÍA MÍNIMA (Disposición adicional sexta).

La LOPD Y GDD exige que en los sistemas de información crediticia los datos únicamente se mantengan en el sistema mientras persista el incumplimiento, *“con el límite máximo de cinco años desde la fecha de vencimiento de la obligación dineraria, financiera o de crédito”*, no incorporándose

²⁷⁴ Se contienen modificaciones de la LOPD y de la LJCA, a estos efectos, en la Disposición final cuarta y sexta.



“deudas en que la cuantía del principal sea inferior a cincuenta euros”²⁷⁵.

17º) TRATAMIENTOS ESPECÍFICOS DE DATOS DE SALUD (Disposición adicional decimoséptima)

Respecto al tratamiento de datos en la investigación en salud se contienen unos criterios específicos en la LOPD Y GDD respecto del uso de datos personales sin consentimiento en el ámbito de la investigación biomédica, introduciendo una serie de previsiones encaminadas a garantizar el adecuado desarrollo de la investigación en materia de salud, y en particular la biomédica, ponderando los indudables beneficios que la misma aporta a la sociedad con las debidas garantías del derecho fundamental a la protección de datos (como ejemplo que *“las autoridades sanitarias e instituciones públicas con competencias en vigilancia de la salud pública podrán llevar a cabo estudios científicos sin el consentimiento de los afectados en situaciones de especial relevancia y gravedad para la salud pública”*).

18º) UTILIZACIÓN DE MEDIOS TECNOLÓGICOS Y DATOS PERSONALES EN LAS ACTIVIDADES ELECTORALES (Disposición final tercera)

A través de la LOPD Y GDD se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, añadiendo un nuevo artículo cincuenta y ocho bis, con el siguiente contenido:

²⁷⁵ El Gobierno, mediante real decreto, podrá actualizar esta cuantía.

“Artículo 58 bis. Utilización de medios tecnológicos y datos personales en las actividades electorales.

1. La recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas que lleven a cabo los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales se encontrará amparada en el interés público únicamente cuando se ofrezcan garantías adecuadas.

2. Los partidos políticos, coaliciones y agrupaciones electorales podrán utilizar datos personales obtenidos en páginas web y otras fuentes de acceso público para la realización de actividades políticas durante el periodo electoral

3. El envío de propaganda electoral por medios electrónicos o sistemas de mensajería y la contratación de propaganda electoral en redes sociales o medios equivalentes no tendrán la consideración de actividad o comunicación comercial.

4. Las actividades divulgativas anteriormente referidas identificarán de modo destacado su naturaleza electoral.

5. Se facilitará al destinatario un modo sencillo y gratuito de ejercicio del derecho de oposición”.

La inclusión de este precepto ha generado una importante polémica²⁷⁶ habiéndose publicado en la página web de la AEPD una nota sobre el criterio de la

²⁷⁶ Puede verse, a estos efectos un artículo de Borja Adsuara [fecha de consulta y disponibilidad: 29 de noviembre de 2018]:

https://www.lainformacion.com/opinion/borja-adsuara/noconmisdatos/6437832?utm_source=twitter.com&utm_medium=socialshare&utm_campaign=mobile_amp



Agencia Española de Protección de Datos sobre cuestiones electorales en el proyecto de nueva LOPD²⁷⁷.

19º) INCLUSIÓN EN LOS CONTENIDOS Y FINALIDADES DE EDUCACIÓN DE FORMACIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS (Disposición final octava y Disposición final décima)

Se reconoce el derecho de los estudiantes universitarios a *“la formación en el uso y seguridad de los medios digitales y en la garantía de los derechos fundamentales en Internet”*²⁷⁸ y que el sistema educativo español se orientará, entre otros, a la consecución de la finalidad de que se obtenga la *“capacitación para garantizar la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso seguro de los medios digitales y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente, con el respeto y la garantía de la intimidad individual y colectiva”*²⁷⁹.

²⁷⁷ Esta nota de prensa se puede consultar en el siguiente enlace [fecha de consulta y disponibilidad: 29 de noviembre de 2018]:

<https://www.aepd.es/prensa/2018-11-21.html>

²⁷⁸ Se incluye una nueva letra l) en el apartado 2 del artículo 46 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

²⁷⁹ Se incluye una nueva letra l) en el apartado 1 del artículo 2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

20º) OBLIGATORIEDAD DE LA PUBLICACIÓN DEL REGISTRO DE LAS ACTIVIDADES DE TRATAMIENTO (Disposición final undécima, artículos 31.2 y 77)

Los sujetos enumerados en el artículo 77.1 LOPDP Y GDD²⁸⁰ tienen que hacer público un inventario de sus actividades de tratamiento accesible por medios

²⁸⁰ Estos sujetos son los siguientes:

- a) Los órganos constitucionales o con relevancia constitucional y las instituciones de las comunidades autónomas análogas a los mismos.
- b) Los órganos jurisdiccionales.
- c) La Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración Local.
- d) Los organismos públicos y entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas.
- e) Las autoridades administrativas independientes.
- f) El Banco de España.
- g) Las corporaciones de Derecho público cuando las finalidades del tratamiento se relacionen con el ejercicio de potestades de derecho público.
- h) Las fundaciones del sector público.
- i) Las Universidades Públicas.
- j) Los consorcios.
- k) Los grupos parlamentarios de las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas autonómicas, así como los grupos políticos de las Corporaciones Locales.

Indicar también que los responsables de los anteriores sujetos podrán comunicar los datos personales que les sean solicitados por sujetos de derecho privado cuando cuenten con el consentimiento de los afectados o aprecien que concurre en los solicitantes un interés legítimo que prevalezca sobre los derechos e intereses de los afectados conforme a lo establecido en el artículo 6.1 f) del Reglamento (UE) 2016/679 (Disposición adicional novena).



electrónicos en el que constará la información establecida en el artículo 30 del Reglamento (UE) 2016/679 y su base legal²⁸¹, modificándose para ello la

²⁸¹ La información establecida en el artículo 30 RGPD es la siguiente:

"1. Cada responsable y, en su caso, sus representantes llevarán un registro de las actividades de tratamiento efectuadas bajo su responsabilidad. Dicho registro deberá contener toda la información indicada a continuación:

a) el nombre y los datos de contacto del responsable y, en su caso, del corresponsable, del representante del responsable, y del delegado de protección de datos;

b) los fines del tratamiento;

c) una descripción de las categorías de interesados y de las categorías de datos personales;

d) las categorías de destinatarios a quienes se comunicaron o comunicarán los datos personales, incluidos los destinatarios en terceros países u organizaciones internacionales;

e) en su caso, las transferencias de datos personales a un tercer país o una organización internacional, incluida la identificación de dicho tercer país u organización internacional y, en el caso de las transferencias indicadas en el artículo 49, apartado 1, párrafo segundo, la documentación de garantías adecuadas;

f) cuando sea posible, los plazos previstos para la supresión de las diferentes categorías de datos;

g) cuando sea posible, una descripción general de las medidas técnicas y organizativas de seguridad a que se refiere el artículo 32, apartado 1.

2. Cada encargado y, en su caso, el representante del encargado, llevará un registro de todas las categorías de actividades de tratamiento efectuadas por cuenta de un responsable que contenga:

a) el nombre y los datos de contacto del encargado o encargados y de cada responsable por cuenta del cual actúe el encargado, y, en su caso, del representante del responsable o del encargado, y del delegado de protección de datos;

Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno²⁸².

21º) RECONOCIMIENTO DE DOS NUEVOS DERECHOS DIGITALES EN EL ÁMBITO LABORAL Y EMPLEO PÚBLICO: DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL USO DE DISPOSITIVOS DIGITALES PUESTOS A SU DISPOSICIÓN Y FRENTE AL USO DE DISPOSITIVOS DE VIDEOVIGILANCIA Y GEOLOCALIZACIÓN, Y DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL (Disposición final decimotercera y Disposición final decimocuarta)

Se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores²⁸³ y el texto refundido de la Ley del

b) las categorías de tratamientos efectuados por cuenta de cada responsable;

c) en su caso, las transferencias de datos personales a un tercer país u organización internacional, incluida la identificación de dicho tercer país u organización internacional y, en el caso de las transferencias indicadas en el artículo 49, apartado 1, párrafo segundo, la documentación de garantías adecuadas;

d) cuando sea posible, una descripción general de las medidas técnicas y organizativas de seguridad a que se refiere el artículo 30, apartado 1”.

²⁸²Se añade un nuevo artículo 6 bis, con la siguiente redacción:

“Artículo 6 bis. Registro de actividades de tratamiento.

Los sujetos enumerados en el artículo 77.1 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, publicarán su inventario de actividades de tratamiento en aplicación del artículo 31 de la citada Ley Orgánica”.



Estatuto Básico del Empleado Público²⁸⁴ para garantizar a los trabajadores y empleados públicos nuevos derechos digitales en el ámbito laboral en los términos que sean establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, introduciendo el derecho a la:

- intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización
- desconexión digital

22º) PRÁCTICAS AGRESIVAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS (Disposición final decimosexta)

Se modifica la Ley de competencia desleal²⁸⁵, regulando, entre otras, como prácticas agresivas las

²⁸³ Se añade un nuevo artículo 20 bis al texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

²⁸⁴ Se añade una nueva letra j bis) en el artículo 14 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

²⁸⁵ El precepto en cuestión dispone que:

“A los efectos previstos en el artículo 8 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, se consideran prácticas agresivas las siguientes:

a) Actuar con intención de suplantar la identidad de la Agencia Española de Protección de Datos o de una autoridad autonómica de protección de datos en la realización de cualquier comunicación a los responsables y encargados de los tratamientos o a los interesados.

que tratan de suplantar la identidad de la AEPD o sus funciones, las relacionadas con el asesoramiento conocido como “adaptación a coste cero” a fin de limitar asesoramientos de ínfima calidad a las empresas...

IV. CONCLUSIONES

En líneas generales se puede afirmar que se trata de una reforma necesaria y positiva para fortalecer, definir, adaptar y aclarar algunos conceptos del RGPD, y asimismo regular de forma más específica determinadas cuestiones en el ámbito de la protección de datos en nuestro ordenamiento jurídico.

b) Generar la apariencia de que se está actuando en nombre, por cuenta o en colaboración con la Agencia Española de Protección de Datos o una autoridad autonómica de protección de datos en la realización de cualquier comunicación a los responsables y encargados de los tratamientos en que la remitente ofrezca sus productos o servicios.

c) Realizar prácticas comerciales en las que se coarte el poder de decisión de los destinatarios mediante la referencia a la posible imposición de sanciones por incumplimiento de la normativa de protección de datos personales.

d) Ofrecer cualquier tipo de documento por el que se pretenda crear una apariencia de cumplimiento de las disposiciones de protección de datos de forma complementaria a la realización de acciones formativas sin haber llevado a cabo las actuaciones necesarias para verificar que dicho cumplimiento se produce efectivamente.

e) Asumir, sin designación expresa del responsable o el encargado del tratamiento, la función de delegado de protección de datos y comunicarse en tal condición con la Agencia Española de Protección de Datos o las autoridades autonómicas de protección de datos”.



En el ámbito estrictamente de la protección de datos personales se trata de una normativa innovadora en muchos aspectos (testamento digital, tratamiento específico en materia de salud...), que implementa en las Administraciones Públicas notables garantías para la protección de los datos de carácter personal (anonimización de las publicaciones y notificaciones, esquema nacional de seguridad...). No obstante, plantea algunas dudas que afectan al principio de seguridad jurídica como el hecho de contemplar que los responsables enumerados en el artículo 77.1 LOPDP Y GDD (órganos jurisdiccionales, AAPP, organismos públicos y entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas...) puedan comunicar los datos personales que les sean solicitados por sujetos de derecho privado no solamente cuando cuenten con el consentimiento de los afectados sino también cuando aprecien que concurre en los solicitantes un "interés legítimo" que prevalezca sobre los derechos e intereses de los afectados [conforme a lo establecido en el artículo 6.1 f) del Reglamento (UE) 2016/679], sin que en la norma que se acaba de aprobar se defina de forma precisa los contornos de aquel concepto.

Resulta igualmente polémica la inclusión de la utilización de medios tecnológicos y datos personales en las actividades electorales mediante la adición de un nuevo artículo 58 bis en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General por los peligros que un uso fraudulento pueda llegar a generar (caso "Cambridge Analytica" en las últimas elecciones presidenciales de EEUU).

Desde un punto de vista de técnica legislativa resulta cuestionable el uso excesivo de las disposiciones adicionales y finales para profundos cambios

normativos que o bien mayormente pudieran estar en el propio cuerpo del texto, o que quizá debieran haberse introducido en normas sectoriales del ramo.

También ha sido objeto de crítica, desde un punto de vista sistemático, y como ya han apuntado distintos autores que han estudiado el tema²⁸⁶, el haber incluido dentro de la norma jurídica que regula la protección de datos personales los derechos digitales, ya que estos últimos, sin perjuicio de su relación con la protección de datos, por su importancia y entidad, debieran haberse contemplado en una norma autónoma y propia. Así, se ha convertido a la LOPDP Y GDD en una norma transversal que afecta a distintas materias que no son *strictu sensu* "protección de datos personales" (libertad de expresión en Internet, neutralidad de la red, el derecho del trabajador a un horario digno...).

Sin lugar a dudas, la inclusión de unos derechos digitales supone un importante hito al adaptar a nuestro ordenamiento jurídico la realidad tecnológica de nuestro entorno, y quizá el único reproche pueda ser el hecho de no haber realizado una mayor reflexión al respecto, abriendo el debate a la sociedad para haber aprovechado y efectuado un reconocimiento legal de otros derechos digitales.

²⁸⁶ Blog de Victor Almonacid, que se puede consultar en el siguiente enlace [fecha de consulta y disponibilidad: 4 de diciembre de 2018]:

<https://nosoloaytos.wordpress.com/2018/11/26/nueva-lopd-impactos-en-las-administraciones-publicas/>

Ofelia Tejerina, en la página web de la asociación de internautas [fecha de consulta y disponibilidad: 4 de diciembre de 2018]:

<https://www.internautas.org/html/10141.html>



Resulta un acierto la previsión de la exigencia de la incorporación en el sistema educativo español de formación en el uso y seguridad de los medios digitales y en la garantía de los derechos fundamentales en Internet, con el objetivo de conseguir una sociedad que tenga pleno conocimiento de sus derechos en el ámbito tecnológico.

Para finalizar, no cabe sino hacer una última reflexión en el sentido de que la fugacidad en el desarrollo tecnológico hará que esta norma tenga que adaptarse continuamente a las nuevas innovaciones, que ya son incluso una realidad no contemplada en la norma (smart city, 5G...), y otro aspecto si cabe más importante y es que debemos pensar que a través de este tipo de normas se trata de garantizar y proteger no solamente la protección de datos personales sino que, y principalmente, está en juego la libertad de las personas.

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

RECENSIONES

RECENSIÓN DEL LIBRO “LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL LITORAL COSTERO EN ESTADOS UNIDOS”.

Autor: Antonio Villanueva Cuevas. Ed. Alfonsópolis,
Cuenca, 2006

Jesús Punzón Moraleda

Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo
de la Universidad de Castilla-La Mancha

El profesor Antonio Villanueva Cuevas ha elaborado un trabajo ciertamente interesante sobre la regulación jurídica de las costas en Estados Unidos (EE.UU.) como resultado de una estancia de investigación en dicho país, y que nos permite alcanzar un profundo conocimiento de la realidad jurídica en la que se encuentran las zonas costeras en tal país.

Ciertamente, el interés por esta materia surge como consecuencia de sus estudios sobre el dominio público marítimo-terrestre en España y la necesidad de ahondar sobre la naturaleza y uso de una franja de nuestro territorio que ha sido considerada por el ordenamiento jurídico español, desde antiguo y de manera indubitada, como demanial, hasta el punto de que hoy se reconoce tal calificación a nivel constitucional y, por tanto, de uso común, público y gratuito para la generalidad de la población española.



El autor resalta que la propia recepción constitucional de dicho demanio, como ha indicado la doctrina más autorizada, pone de manifiesto que la Constitución se ha querido manifestar sin duda alguna sobre la carácter público del litoral costero español, frente a la tradicional discusión doctrinal sobre la posibilidad o no de la existencia de enclaves de propiedad privada y que, si bien en la actualidad no tiene relevancia alguna, sí la tuvo en décadas pasadas.

Pero este hecho hace preguntarse a aquel si la configuración de las playas o la zona marítimo-terrestre como dominio público viene obligada por la propia naturaleza de las mismas, lo que ha ocasionado que así se refleje en nuestra historia legislativa y en otras legislaciones de nuestra órbita jurídica, como la francesa o la italiana, y en definitiva, que dichos bienes tengan una vocación pública que se vea reflejada de una u otra manera en los ordenamientos jurídicos modernos, o por el contrario, el carácter demanial de los mismos sea algo contingente que depende de la evolución histórico-jurídica de cada Estado, al margen de su naturaleza. Realmente, no se está hablando de que podamos encontrar playas de propiedad privada, como una excepción a la regla general, y que han podido surgir atendiendo a diferentes títulos jurídicos; se está hablando de que la ribera del mar, en términos generales, deba ser de uso público, general y gratuito, o pueda ser de propiedad privada.

Y para ahondar en este tema el autor decidió estudiar la configuración jurídica de las costas en EEUU, precisamente porque este país representa el baluarte de la propiedad privada, donde prácticamente todos los bienes son susceptibles de la misma, y por tanto, es el sistema jurídico que nos permitiría averiguar, de una manera más clara, si es posible que las playas y el

resto de bienes del DPMT pudieran tener la configuración genérica de propiedad privada. Y como veremos a continuación, ya se puede adelantar que los resultados obtenidos por aquel en su investigación han sido francamente interesantes, y nos muestran que, nociones que creemos inamovibles atendiendo a nuestro ordenamiento jurídico, pueden tener una respuesta francamente diversas en otras legislaciones, o como es el caso, una pléyade de respuestas, pero que, en definitiva, no mejoran la opción elegida en España.

Y para ello, el autor va a dividir su estudio en dos partes claramente diferenciadas, atendiendo a la zona de litoral costero del que estemos hablando: por un lado, las llamadas "tidelands", o tierras que cubre y descubre el mar por acción de las mareas, y que sería semejante a lo que en España conocemos con el nombre de zona marítimo-terrestre, y por otro lado, la "playa seca", en una definición similar a la que existe en España. La razón para esta sistemática no se encuentra tanto en el hecho físico de que sean dos zonas claramente diversas, sino en que la problemática de una y otra, en EEUU, es ciertamente diferente, y con ello, también las soluciones adoptadas.

Profundizando en la regulación jurídica de las "tidelands", el autor ya describe una primera diferencia especialmente relevante respecto al sistema español, que consiste en que la titularidad de las mismas es estatal, no federal, es decir, aquellas pertenecen a cada uno de los Estados federados, como consecuencia de un proceso de decantación histórica que nos es detallado por el prof. Villanueva Cuevas en su estudio – para el cual baste decir que se remonta incluso al Derecho inglés así como a la etapa colonial y revolucionaria en EEUU-. Salvando la distancias, y para



apreciar de manera muy descriptiva la diferencia con el modelo español, se podría decir que es una situación similar a la que se produciría en España si la titularidad de la zona marítimo-terrestre fuera autonómica.

El problema que ello conlleva es la posibilidad de que la regulación jurídica de las "tidelands" fuera diferente atendiendo al Estado en el que nos encontremos y en virtud de su propia legislación al respecto. Tras el estudio histórico antes aludido, el autor comprueba que, con matices en los que no se puede entrar en esta reseña, aquellas son protegidas por una doctrina denominada "public trust", que consiste en un conjunto de derechos públicos y responsabilidades estatales.

Esta doctrina ampara ciertos usos públicos que tradicionalmente se limitaban a la pesca, la navegación y el comercio, si bien rápidamente se reconocieron, por vía jurisprudencial, otros no necesariamente vinculados a los mismos, como el baño, lavadero, usos agrícolas y, en general, otros usos de un gran espacio acuático destinado a un disfrute público. El problema, como sucede en los sistemas jurídicos en cuyo Derecho aplicable tiene un gran peso la jurisprudencia de los tribunales, es que se pueden apreciar diferencias destacables entre los usos públicos protegidos en cada Estado, y podemos apreciar un abanico de posibilidades que abarca desde Estados reacios a ampliar los usos protegidos más allá de los tres tradicionales, a Estados en los que dicha ampliación se ha producido sin demasiadas controversias.

Ello lógicamente ha generado diferencias significativas entre los Estados, más aún cuando la ampliación de los usos requiere una sentencia afirmativa al respecto, normalmente, limitada a un uso

concreto. Es decir, no se suele reconocer la existencia de usos recreativos en general, sino usos específicos como el baño, practicar surf, o incluso, como indica el autor, empujar el carrito de un niño por la orilla del mar. En definitiva, y al margen de los usos tradicionales antes descritos, actualmente también se han incluido -a través del trabajo de la jurisprudencia- usos recreativos, de protección ambiental y, lo más actual pero sólo en unos pocos Estados, de preservación de la belleza escénica, aunque debemos recordar que hay que acudir a la interpretación de la doctrina del “public trust” en cada Estado concreto para determinar qué usos concretos ampara la misma en dicho Estado.

Por otro lado, los Estados tienen unos deberes y obligaciones en relación a las tierras sometidas al “public trust”, como la protección de los derechos reconocidos por la misma, la supervisión y control de tales tierras, establecer sus límites o realizar la delimitación de las mismas, transmitir posibles usos privados sobre las “tidelands”, otorgar autorizaciones para instalaciones, construcciones y obras,...

En todo caso, el autor destaca algunos problemas que genera la aplicación de la citada doctrina, unos ya apuntados, como la diversidad de usos reconocidos en cada Estado y la necesidad de un pronunciamiento jurisprudencial favorable, normalmente, para cada uso concreto, pero hay otros que también son muy relevantes, como los problemas de acceso a las “tidelands”, sobre todo, a través de las propiedades colindantes con aquellas, en cuanto que, al margen de contadas excepciones, los ciudadanos no poseen ningún derecho de acceso a las “tidelands” a través de tales propiedades, ni perpendicular, ni lateral –este segundo en el supuesto de marea alta-, lo que limita en gran medida el uso público de las mismas por los



ciudadanos. Otro problema puesto de manifiesto por el autor es la enajenación de las "tidelands", pues si bien es cierto que parte de la doctrina estadounidense niega esta posibilidad, los estudios indican que alrededor de un tercio de las tierras sometidas al "public trust" se encuentran en manos privadas, lo que se ha producido por diversos medios, como autorizaciones legislativas, prescripción,...

Para finalizar con esta primera parte del libro, el autor realiza una comparación entre la citada doctrina y la institución del dominio público en España, y llega a la conclusión de que, si bien poseen una idea subyacente similar, que sería proteger esa franja del litoral costero para el uso público y general, la vía seguida en nuestro país es mucho más eficaz y sencilla, en cuanto permite una protección mucho más amplia y general de los usos públicos en la zona marítimo-terrestre, de manera igualitaria en todo el territorio nacional, y sin necesidad de interpretaciones jurisprudenciales de usos concretos que sólo conllevan dificultades jurídicas y posibles desigualdades entre territorios.

La segunda parte del estudio realizado por el prof. Villanueva Cuevas se dedica a la conocida como "playa seca", es decir, el terreno colindante con la zona marítimo-terrestre y que no está sometida a la acción del mar, y que, como bien resalta el mismo, constituye el verdadero problema del litoral costero en EEUU para su uso por la generalidad de la población. Ello es debido, como señala aquel, a que la doctrina del "public trust" no se extiende sobre las "playas secas", con lo que el reconocimiento de la propiedad privada una vez traspasados los límites de las "tidelands" tierra adentro es pleno. Ello conlleva problemas como, por ejemplo, que sólo los "invitados" de los propietarios, de pago o no, puedan disfrutar de los usos típicos de una playa, o

que los mismos limiten el acceso a las "tidelands" a través de sus propiedades e impidan "de facto" los usos públicos reconocidos en aquellas, e incluso, se han podido apreciar, en playas de titularidad local, problemas de discriminación respecto a los no residentes en la entidad correspondiente.

Sin perjuicio de lo anterior, y a pesar de diferentes voces doctrinales que inciden en la necesidad de proteger la propiedad privada de dichas playas, se han utilizado diferentes mecanismos para la adquisición de derechos públicos sobre las mismas, como las llamadas "prescription", "dedication" o "custom"; la propia doctrina del "public trust"; el denominado "eminent domain"; la utilización de normas constitucionales y legislativas; diferentes instrumentos urbanísticos ("planning", "zoning",...); incentivos fiscales; e incluso la adquisición directa de playas o la creación de parque naturales costeros.

Sin embargo, todos estos instrumentos tienen el mismo problema: en el mejor de los casos, sólo alcanzan a reconocer ciertos usos públicos de manera parcial, limitada, y en muchas ocasiones, tras no poca conflictividad social y jurisdiccional. Ello lleva al autor a concluir que la situación de las playas en EEUU es poco halagüeña, y comparando con el sistema español, a reconocer la bondad de la institucional demanial, que consigue una utilización general, libre y gratuita para el público de una franja del territorio que se considera básica para el adecuado desenvolvimiento del ser humano, y que, desde luego, no puede ser alcanzada con las diversas técnicas utilizadas en EE.UU.

**RECENSIÓN DEL LIBRO “EL TURISMO COMO
ÁMBITO DE INTERVENCIÓN
ADMINISTRATIVA: DESDE LA PARCIALIDAD A
LA GLOBALIDAD”.**

Autor: Antonio Villanueva Cuevas. Ed. Alfonsópolis,
Cuenca, 2012

Javier Miranzo Díaz

Personal Investigador Predoctoral de la Universidad de
Castilla-La Mancha

Como resultado de su tesis doctoral, el profesor Villanueva Cuevas publica un estudio sobre la regulación jurídica el turismo en España, complementario del correspondiente al turismo en la Unión Europea ya publicado con anterioridad. En su libro, se puede encontrar un detallado análisis de esta materia, desde los antecedentes históricos más remotos, hasta el impacto que supuso en la misma la aprobación de la Constitución Española de 1978 y la implantación del Estado autonómico.

A este respecto, el autor destaca en primer lugar la relevancia del turismo como fenómeno jurídico, y especialmente para el Derecho Administrativo, algo que aquel quería poner especialmente de relieve habida cuenta de que, tradicionalmente, se ha destacado la importancia de este sector en ámbitos como la economía, la cultura o la sociología, e incluso, en ámbitos jurídicos como el mercantil, civil o el derecho



de los consumidores y usuarios, pero que, quizá, no estaba suficientemente destacado desde el punto de vista jurídico público.

Para ello, hace un extenso relato histórico que comienza en momentos en los que difícilmente se puede hablar de turismo si lo analizamos desde una perspectiva actual, pero con elementos jurídicos que claramente son el antecedente de lo que ahora denominamos Derecho Administrativo del turismo; estamos hablando, por ejemplo, de referencias a viajeros y hospedajes en las Partidas de Alfonso X el sabio. Posteriormente, pasará a analizar la intervención pública surgida del Estado liberal a través de los tradicionales conceptos de “policía gubernativa, sanitaria o de fronteras”, con una especial dedicación a la intervención municipal, para analizar a continuación los antecedentes más próximos de la actual regulación del turismo, básicamente surgida a comienzos del siglo XX, con una concepción del turismo ya con características modernas y con el nacimiento de una incipiente organización administrativa dedicada de manera específica a la gestión de sector turístico.

Lógicamente, a partir de este momento, el autor continúa con un extenso estudio sobre la historia jurídica pública del turismo a lo largo del siglo XX, con un detallado análisis de la legislación promulgada al respecto y de la organización administrativa creada para su implementación, en unas décadas que supusieron el desarrollo exponencial de un ámbito que, en un tiempo relativamente corto, llegó a convertirse en el sector económico más importante de nuestro país. A este respecto, creemos muy importante destacar como aquel diferencia, basándose para ello en la extensa y adecuada bibliografía utilizada, entre el modelo de desarrollo turístico producido a partir de la

mitad del siglo XX, basado en el crecimiento cuantitativo a casi cualquier precio -y derivado de las especiales circunstancias políticas y económicas que vivía España en esa época, lo que ha conllevado, entre otras consecuencias, el panorama geográfico que actualmente se puede apreciar en nuestra costa mediterránea, por poner un ejemplo-, y las tendencias más actuales del desarrollo turístico donde la sostenibilidad y calidad de la experiencia turística se han convertido en el eje fundamental de la actuación administrativa en este ámbito.

En segundo lugar, el autor realiza un profundo estudio sobre la recepción del turismo en la Constitución Española de 1978, lo que no puede ser de otra manera, ya que la aprobación de la Norma Fundamental supuso un cambio trascendental, tanto en la organización del Estado, como en el ordenamiento jurídico, y el turismo, como uno de los sectores más importantes en España, no podía ser ajeno a estas circunstancias. A este respecto, el autor analiza, por un lado, si el turismo ha sido objeto de un tratamiento constitucional individualizado, habida cuenta, precisamente, de la tan reiterada importancia que el mismo tiene en nuestro Estado. Y tras comprobar que no existe una recepción directa del turismo en aquella, más allá de la referencia a la distribución competencial en dicho ámbito realizada por el art. 148 de la misma, detalla la posibilidad de una recepción indirecta del turismo en el texto constitucional, mediante el análisis del Derecho Fundamental a la libertad de circulación, pero sobre todo, de algunos Principios Rectores de la Política Social y Económica con los cuales el turismo tiene una indudable relación, empezando por la adecuada utilización del ocio y concluyendo con el medio ambiente, la cultura,... El autor concluye que, si bien el turismo no aparece individualizado en el Texto



Constitucional, se incluye sin dificultad alguna, por ejemplo, en la posibilidad de disfrutar del ocio que expresamente sí recoge dicho Texto, dado que la práctica del turismo es la actividad a la que una gran mayoría de ciudadanos prefiere dedicar su tiempo de ocio, y por tanto, goza de la protección constitucional reconocida a los Principios Rectores de la Política Social y Económica.

Y por otro lado, estudia la distribución de competencias que en relación a esta materia se recoge en los arts. 148 y 149 de la Constitución. La implantación de un Estado políticamente descentralizado tras la aprobación de aquella, tiene un impacto muy destacado en un sector que, en la etapa preconstitucional y precisamente por la importancia económica para España y por el régimen político que se vivía en nuestro país, había sufrido un proceso de centralización de competencias, de manera semejante al ocurrido en otros ámbitos y que, tal y como señala el autor, había sido puesto de manifiesto por la doctrina más autorizada. Esta situación va a verse modificada de manera radical con la implantación del Estado autonómico, más aún cuando la ordenación y promoción del turismo, prevista de manera expresa en el apartado 1º, número 18, del citado precepto, y como el autor resalta, iba a ser una de las primeras competencias transferidas a las Comunidades Autónomas, incluso ya desde la fase de Entes Preautonómicos.

Por ello, el autor realiza un profundo estudio sobre todo el proceso de transferencias de competencias a las Comunidades Autónomas en esta materia, analizando de manera sumamente detallada todas las fases del mismo, y sin centrarse exclusivamente en el turismo, sino también

vinculándolo con otras materias enumeradas tanto en el art. 148 como en el art. 149 de la Constitución, dada la intensa transversalidad del sector turístico que se ve enormemente influenciado por las decisiones adoptadas en el seno de otras políticas públicas, al igual que las decisiones en dicho sector también influyen en la gestión de otros ámbitos públicos, como de manera acertada resalta aquél. A este respecto, el análisis realizado también incluye un estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto, explicando los criterios utilizados por el mismo para distribuir competencias cuya cercanía, por lo antes indicado, dio lugar a diversos conflictos constitucionales.

Y sin dejar de destacar la exclusividad competencial de las Comunidades Autónomas en la estricta materia "turismo", el autor también se detiene de manera detallada en las competencias de las entidades locales sobre la misma. Históricamente, aquel ya había puesto de manifiesto la relevancia de la intervención local en este sector que, sin embargo, sufrió un proceso de vaciamiento competencial en la etapa preconstitucional, como ya se apuntó. El reconocimiento de la autonomía local constitucionalmente garantizada, que incluye una esfera de competencias propias de Diputaciones y Provincias, igualmente debía afectar a la intervención de las entidades locales en el sector turístico. A este respecto, al autor destaca que el turismo era una de las materias sobre las cuales dichas entidades debían poseer competencias propias de acuerdo a la legislación estatal y autonómica. Sin embargo, critica la limitada atribución de competencias realizada por dicha legislación a tales entidades que, en muchas ocasiones, no iba más allá de la apertura de oficinas de información turística, y en algunos casos, de ciertas



facultades de autorización y control, lo que, por otro lado, no es coherente con la importancia que el turismo tiene para Ayuntamientos y Provincias pues, como el autor destaca, la primera Administración con la que el turista tiene contacto –como el resto de ciudadanos- es la local.

Posteriormente, el autor se centra en el estudio de la organización administrativa actual en materia de turismo. Para el mismo, la importancia de un determinado sector se refleja en la dimensión del aparato burocrático que se dedica a gestionarlo, y por ello, aquel considera necesario realizar un análisis detallado de la Administración turística, centrándose sobre todo en el esquema organizativo surgido de la distribución competencial en esta materia, es decir, destacando la organización creada al respecto por las Comunidades Autónomas, con la correlativa disminución del volumen organizativo del Estado sobre dicho sector. A su vez, también dedica un apartado a la organización local en esta materia. El autor, a este respecto, concluye que, tanto a nivel autonómico como local, se puede apreciar una cierta diversidad, más apreciable en el ámbito local que en el autonómico, y derivada, sobre todo respecto a las entidades locales, de la importancia que el sector turístico tenga en la economía de la entidad correspondiente.

Para finalizar, el autor realiza un análisis de las llamadas “definiciones turísticas”, en cuanto que considera que son el criterio utilizado por la legislación turística para la aplicación de la misma. Y a este respecto, profundiza en las definiciones de diferentes términos, como turismo, turista y otros conexos, realizadas tanto a nivel internacional como interno, y sobre todo, de las incorporadas en la legislación autonómica sobre la materia, concluyendo que

realmente se puede apreciar, con alguna excepción, la ausencia de una verdadera definición de “turista” en dicha legislación, sustituida por otros términos como “usuario turístico”, que poseen connotaciones claramente mercantilistas, entendiéndose, ya como conclusión general, que nuestra legislación autonómica está centrada en la regulación del turismo como un sector económico, lo que no es criticable por la importancia del mismo a ese respecto, pero apreciando muchas deficiencias, con algunas honrosas excepciones, en la inclusión de conceptos nuevos en la ordenación del turismo, como la sostenibilidad y la calidad de la experiencia turística, importados desde el Derecho Internacional y Comunitario, y necesarios para que el turismo español siga creciendo como hasta ahora, pero que no han sido asumidos por gran parte de la legislación turística autonómica.

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

BASES PARA LA PUBLICACIÓN

BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS Y RESEÑAS EN LA REVISTA GABILEX, REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA

I. LENGUA DE LOS TRABAJOS

El idioma oficial de la **Revista GABILEX** es el español y los trabajos que se publiquen deberán estar escritos por regla general en esta lengua. Si bien, por su especial relevancia, podrán publicarse artículos que estén escritos en otras lenguas como el inglés, francés, portugués o italiano, entre otros, publicándose en esos mismos idiomas con un resumen y las palabras claves también en español.

II. CARÁCTER INÉDITO DE LAS INVESTIGACIONES Y PUBLICACIONES

En la **Revista GABILEX** se publicarán principalmente artículos de investigación concebidos para la revista, esto es, de carácter **original e inédito**. Se consideran inéditos aquellos estudios que, no obstante a haber sido publicados en un idioma distinto del español, se traduzcan por primera vez a esta lengua. Estos casos se encontrarán justificados en la relevancia jurídica y social de los estudios y en que el español es la lengua vehicular de la Revista.



Los trabajos originales de investigación han de tener una extensión suficiente. A efectos ilustrativos, se puede tomar por extensión suficiente la siguiente:

1. En el caso de los ARTICULOS DOCTRINALES que aborden en profundidad un tema jurídico de cualquier rama del Derecho, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 40 páginas.
2. En el caso de las RESEÑAS DE LEGISLACIÓN O JURISPRUDENCIA que realicen una crónica, apunte o aproximación breve a una norma jurídica o sentencia que resulte novedosa, la extensión máxima no podrá superar las 10 páginas.
3. En el caso de RECENSIONES, la extensión es variable y no debiera superar las 5 páginas. La edición del libro recensionado, impreso y/o electrónico, en ningún caso debe superar un máximo de diez (10) años desde su publicación. El libro recensionado debe pertenecer al campo de las Ciencias Sociales de acuerdo a los ejes de la revista señaladas en temáticas y alcances.

También podrán publicarse ponencias y comunicaciones presentadas a Congresos, coloquios, seminarios o jornadas de carácter científico. En estos casos debe especificarse dicha circunstancia en una nota a pie de página que se colocará al final del título del trabajo, en la que se dejará constancia de los datos del Congreso, coloquio, seminario, jornada u otro tipo de encuentro en el que se presentó.

III. SELECCIÓN Y ACEPTACIÓN DE LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN Y PUBLICACIONES

Por encima de todo la **Revista GABILEX** pretende cumplir unos objetivos de excelencia y calidad que exigen un riguroso sistema de selección de los trabajos que aparezcan en la misma ("**EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS**").

Por tal motivo, y con la finalidad de cumplir este fin, una vez presentado un trabajo se someterá a una selección previa por los miembros que integran el Consejo de Redacción de la Revista, de forma que una vez superado este primer filtro se dará paso a la iniciación de un proceso de evaluación por pares (*peer review*) o de revisión comunitaria o de comunes por los **evaluadores externos** designados a tal efecto por la Dirección y Consejo de Redacción de la Revista.

Conforme al resultado de la evaluación, la Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación del trabajo, así como, en caso de que sea necesario, de sugerir al autor o autores los cambios oportunos en orden al cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos para la publicación.

Presentado un trabajo, el Consejo de Redacción de la Revista comunicará al autor o autores la aceptación o no de la investigación en el plazo máximo de 6 semanas.

IV. CARÁCTER CIENTÍFICO DE LOS TRABAJOS

Los estudios que se presenten deberán contener necesariamente el **planteamiento del tema, su desarrollo y las conclusiones** obtenidas. Se considera de importancia este último apartado de conclusiones, por lo que se recomienda que queden debidamente destacadas.



Los estudios irán precedidos de tres apartados previos:

1. Un **resumen** en español y su correspondiente traducción (*abstract*) en inglés.
2. El elenco de las **palabras clave** del estudio y su correspondiente traducción (*key words*) en inglés.
3. Un **sumario** global en el que se recoja la totalidad de epígrafes del trabajo.

Los trabajos, en su caso, también deberán incluir al final la bibliografía y en concreto, han de intentar cumplir reunir alguna de las siguientes características:

- a) Implicar desarrollo de nuevas perspectivas en el estudio de los ámbitos de las Ciencias Jurídicas.
- b) Suponer aportaciones originales sobre la evolución histórica, jurídica, social o cultural de los campos antedichos.
- c) Aportar propuestas pro futuro, fundadas y relevantes.
- d) Aportar conocimientos e instrumentos conceptuales y analíticos para mejorar la eficacia de los ámbitos propios de la publicación.
- e) Ofrecer soluciones teórico y prácticas a problemas relativos a los ámbitos específicos de la publicación y las materias objeto de estudio e investigación.

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS AUTORES

Los trabajos irán firmados por el autor o autores con nombre y apellidos. Se hará constar necesariamente el nombre (y país en su caso) de la entidad o institución a la que esté vinculado el autor, así como la categoría profesional que ocupa.

Es necesario que el autor o autores de los trabajos faciliten un breve extracto de su *currículum vitae*, en el que esquemáticamente hagan constar tanto su experiencia profesional como, en su caso, docente e investigadora. Igualmente es imprescindible que el autor o autores indiquen en este breve extracto su dirección postal y de correo-e, a efectos de remitir el correspondiente certificado de publicación y el ejemplar de cortesía.

VI. FORMA DE ENVÍO DE LOS TRABAJOS

Tanto los ARTÍCULOS como las RESEÑAS deberán remitirse en formato *Word* o compatible por correo electrónico a la siguiente dirección de la Revista: revistagabinetejuridico@jccm.es

La presentación de trabajos se ajustará a las reglas de formato y estilo que se especifican a continuación siguiendo la tipografía en la organización de los epígrafes que consta en la plantilla adjunta como anexo al final de este documento.

Los trabajos que no se ajusten a las pautas de presentación indicadas serán devueltos a su autor para que los corrija de acuerdo con las mismas, antes incluso de pasar el filtro del Consejo de Redacción.

VII. TÍTULO, RESUMEN, ABSTRACT, PALABRAS CLAVE, KEY WORDS Y SUMARIO

Tal y como se indicaba los trabajos necesariamente contendrán el **título** en español y en inglés. Tras el título incluirán un breve **resumen** o *abstract* de entre 12 y 25 líneas como máximo en el que se avance el



contenido que en ellos se desarrolla. En el resumen, que ha de estar en español y en inglés, se hará constar la cuestión que se plantea, la solución que se aporta, y se justificará la publicación del trabajo atendida la aportación o avance científico que implica.

A continuación se incluirán cinco a diez **palabras clave** o *key words* tanto en castellano como en inglés.

Tras los datos anteriores se incluirá un **sumario** en el que figurarán todos los epígrafes del artículo en la forma que luego se concreta.

Si el artículo se publica en alguno de los otros idiomas de la revista que no sea el español, el título, el resumen, y las palabras clave deberán aparecer en el idioma en el que se publica y en español (si el idioma en el que se publica el artículo no es el inglés, deberán aparecer: en el idioma en el que se publique el artículo, en español y en inglés).

VIII. FORMATO DE LOS TRABAJOS

Los trabajos han de remitirse en formato *Word* para *Windows* en letra *Verdana*²⁸⁷. El cuerpo del texto principal se presentará en el tamaño 11 de dicha letra y tendrá interlineado sencillo. Las notas a pie de página tendrán tamaño 10 de letra y también tendrán interlineado sencillo y el mismo tipo de letra. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el

²⁸⁷ Se utiliza tipografía "Verdana", ya que los expertos en discapacidad aconsejan utilizar este tipo de letra al ser considerada como la más accesible a las personas con discapacidad, considerándose de este modo como sinónimo de accesibilidad.

uso de superíndice. El espaciado entre párrafos será de 12 puntos.

No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados ni subrayados.

Márgenes del documento:

Margen superior: 2.5 cm

Margen inferior: 2.5 cm

Margen derecho: 3 cm

Margen izquierdo: 3 cm

IX. CITA DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Las reglas de presentación de las citas y referencias que a continuación se recogen siguen las pautas más comunes a las que se adaptan las publicaciones jurídicas, y en este sentido son orientativas en dicho campo temático. Si el trabajo presentado respeta las pautas formato expuestas en el epígrafe anterior pero su sistema de citas se adecua a otros usos académicos propios del ámbito científico en el que se inscriben, no tendrán que adecuarse al que a continuación se explica.

Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

La primera vez que una obra sea citada se hará una cita completa en nota a pie, con arreglo a los siguientes formatos:



Identificación del autor o autores: apellido (en su caso, apellidos) e inicial del nombre del autor, en mayúsculas o versalitas, separados por coma y terminando con un punto.

A continuación habrá de diferenciarse según el tipo de trabajo citado:

- **Libro:** título del libro en cursiva, seguido del número de edición (si hay más de una), la editorial, la localidad de edición y el año de la misma.

La separación entre el nombre del autor y el título del libro se hará a través de coma, y la separación del resto de indicaciones referidas a través de comas.

- **Artículo en publicación periódica (revista):** título del artículo entre comillas, título de la revista –si la revista se conoce comúnmente con algún acrónimo se pondrá éste pero se hará constar también el título completo de la revista entre paréntesis-, año de edición, página inicial y final del artículo.
- **Capítulo en colección de escritos de varios autores:** título del capítulo o aportación escrita entre comillas, título de la obra de conjunto en cursiva, mención –en su caso- del nombre del coordinador, director o editor de la obra conjunta, y, a continuación, mención de la localidad y del año de edición.
- **Obra en co-autoría:** los autores serán mencionados por el orden en el que figuren en el libro o artículo u otro tipo de escrito. La separación entre nombres de autores se hará a través de punto y coma.

Las posteriores citas de la misma obra serán abreviadas, mencionándose, únicamente, el apellido (los apellidos, en su caso), del autor o de los autores, y un abreviatura del título de la obra, seguida tres puntos suspensivos entre paréntesis y de la indicación "*op. cit.*," de que ya ha sido citada y la página correspondiente.

Modo de indicar las páginas de la obra a las que se refiere la cita: se hará constar tras la abreviatura "pág." el número de la página; por ejemplo: pág. 15. Si el número es superior a mil la cifra irá sin puntos; por ejemplo: pág. 1099. En caso de ser varias páginas, tras la abreviatura "págs." se citará la primera última página separadas con un guión; por ejemplo: págs. 345-350.

Cita de documentos oficiales de organismos reconocidos: se empleará el modo de cita oficial de los mismos.

Cita de trabajos localizables en páginas web: Si la cita es de carácter general se coloca el sitio Web (*home page*) y si es de carácter especial se debe colocar en primer lugar, la referencia al trabajo que se quiere referir y la dirección del enlace (*link*) donde aparece alojada la información. Debe indicarse también la última fecha de la consulta, debido a la posible volatilidad de la información alojada en Internet.

X. CESIÓN DE LOS TRABAJOS Y ACEPTACIÓN DE LAS BASES DE PUBLICACIÓN

Los autores cuyos trabajos sean publicados en la **Revista GABILEX** ceden los derechos de su obra a los solos fines de ser incluidos en la Revista y recibirán un



certificado acreditativo de la publicación. La remisión de los trabajos implica la aceptación de estas bases.

XI. RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES SOBRE LAS OPINIONES QUE MANIFIESTEN EN LA GABILEX

La **Revista GABILEX** no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por los autores en los trabajos firmados que se reproducen en ella. Son los autores de los estudios los responsables únicos de las mismas.

Ejemplo visual del formato de presentación con indicación de la manera en que han de señalarse los distintos epígrafes de los que conste el trabajo

TÍTULO

TITLE

Autor

Cargo-Universidad. Profesión-Entidad (País)

Correo electrónico del autor¹ (no es obligatorio, figurará en la breve reseña curricular que se debe adjuntar)

Resumen:(De 12 a 25 líneas de Resumen del trabajo)

Palabras clave: (Cinco a diez palabras clave separadas por comas)

Abstract: (Abstract)

Key words: (Five to ten key words)

Sumario: I. PRIMER EPÍGRAFE.- 1. Segundo epígrafe.-
A) Tercer epígrafe.- a) Cuarto epígrafe

I. PRIMER NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

1. SEGUNDO NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

A) *Tercer nivel de epígrafe*

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

a) *Cuarto nivel de epígrafe*

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso