

Nº 6
Segundo trimestre 2016

Gabilex

Revista del Gabinete Jurídico
de
Castilla-La Mancha



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

ccm.es

[Escriba texto]



Castilla-La Mancha

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

Número 6. Junio 2016

Revista incluida en Latindex y Dialnet

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

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

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

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

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

D. Roberto Mayor Gómez

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

D. David Larios Risco

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

D. Jaime Pintos Santiago

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



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 6
Junio 2016
www.gabilex.jccm.es

SUMARIO

ARTÍCULOS DOCTRINALES

Editorial

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL BREXIT: LA UNIÓN EUROPEA ANTE EL PRIMER CASO DE SALIDA VOLUNTARIA.....5
El Consejo de Redacción

“ANTECEDENTES, OBJETIVOS Y PRINCIPALES NOVEDADES DE LAS LEYES 39 Y 40/2015, REGULADORAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO.....11

D. José Antonio Moreno Molina

“TRAGSA Y LAS ENTIDADES LOCALES. ENCOMIENDAS, CONVENIOS Y CONTRATOS PÚBLICOS (II)”61

D. Jaime Pintos Santiago

“LA DIVISION DEL OBJETO DEL CONTRATO EN LOTES”93

D^a. M^a Pilar Batet Jiménez

“LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE Y SU REFLEJO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA”133

D^a M^a Belén López Donaire

“LAS ACTUACIONES REFERIDAS A TRIBUTO DISTINTO NO INTERRUMPEN LA PRESCRIPCIÓN. (A propósito de la STS de 27 enero 2016)”159

D. Benjamín Górriz Gómez



“LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA EN EL DERECHO EUROPEO”171

D. Carlos-M^a. Rodríguez Sánchez

“EL USO DE MEDICAMENTOS FUERA DE FICHA TÉCNICA Y LA SUSTITUCIÓN DE MEDICAMENTOS BIOLÓGICOS POR MEDICAMENTOS BIOSIMILARES COMO MEDIDAS DE AHORRO ECONÓMICO. LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL Y EL PAPEL DE LAS COMISIONES DE FARMACIA”209

D. Vicente Lomas Hernández

“CONTENIDO Y NOVEDADES DEL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA UE (REGLAMENTO UE 2016/679, DE 27 DE ABRIL DE 2016)”243

D. Roberto Mayor Gómez

“EL PLAN DE PAGO A PROVEEDORES Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: ANTE EL INMINENTE PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA”281

D. Roberto Mayor Gómez

Bases para la publicación.....317

EDITORIAL

El pasado 23 de junio de 2016 se celebró en Reino Unido el referéndum para decidir la continuidad o no del país en la Unión Europea. Este proceso se conoce popularmente con el término “Brexit” (una suerte de acrónimo de "*British exit from the EU*").

El resultado fue muy ajustado pues con un 51, 9% de los votos, Reino Unido decidió abandonar la Unión Europea. La salida de Europa va a representar un antes y un después en la historia del continente y va a afectar a las relaciones contractuales en cuestiones procesales de capital importancia, como la situación jurídica tanto de los trabajadores por cuenta ajena como de los trabajadores por cuenta propia desplazados o establecidos en el Reino Unido, aspectos fiscales y tributarios, derecho societario y otros múltiples aspectos en la vida de las personas y de las empresas. En concreto, la situación jurídica de trabajadores por cuenta ajena y el de los trabajadores por cuenta propia desplazados o establecidos en el Reino Unido se verá muy afectada por el Brexit. Hoy por hoy, a los trabajadores por cuenta ajena le es aplicable la libertad de circulación que les permite trabajar y residir libremente en cualquier Estado de la Unión, sin límites cuantitativos ni cualitativos que dificulten su acceso al mercado laboral de otro Estado miembro, estatus que desaparece con la salida y, además, Reino Unido recupera las potestades en materia de extranjería, que sería aplicable a los nacionales europeos.



Pero, además, con el Brexit llega el fin en UK de multitud de normas de armonización del Derecho del Trabajo, más protector en la UE. Así, por ejemplo, Reino Unido siempre ha sido reacio a la Directiva de tiempo de trabajo, que dejaría de ser aplicable, empezando a regir las normas británicas, con tiempos más amplios y no tanto control.

Si el resultado del referéndum hubiera sido favorable a la continuidad del Reino Unido en la Unión Europea, hubiera entrado en vigor la Decisión del Consejo Europeo de 19 de febrero de 2016. Esta Decisión introducía algunas singularidades aplicables al Reino Unido en materias tan variadas como los servicios financieros, la inmigración, la participación de los Parlamentos nacionales en el procedimiento legislativo europeo o la gestión de los rescates a los Estados de la Eurozona.

A día de hoy, el artículo 50 del TUE recoge la denominada "exit clause" (cláusula de salida), un supuesto de plena actualidad que es ahora aplicable a Reino Unido. Hay que decir que nos encontramos ante el primer supuesto que podría producirse de salida voluntaria de un Estado miembro de la Unión Europea.

"Artículo 50

- 1. Todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión.*
- 2. El Estado miembro que decida retirarse notificará su intención al Consejo Europeo. A la luz de las orientaciones del Consejo Europeo, la Unión negociará y celebrará con ese Estado un acuerdo que establecerá la forma de su retirada, teniendo en cuenta el marco de sus relaciones futuras con la Unión. Este acuerdo se negociará con arreglo al apartado 3 del artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El Consejo lo celebrará en nombre de la Unión por mayoría cualificada, previa aprobación del Parlamento Europeo.*

3. Los Tratados dejarán de aplicarse al Estado de que se trate a partir de la fecha de entrada en vigor del acuerdo de retirada o, en su defecto, a los dos años de la notificación a que se refiere el apartado 2, salvo si el Consejo Europeo, de acuerdo con dicho Estado, decide por unanimidad prorrogar dicho plazo.

4. A efectos de los apartados 2 y 3, el miembro del Consejo Europeo y del Consejo que represente al Estado miembro que se retire no participará ni en las deliberaciones ni en las decisiones del Consejo Europeo o del Consejo que le afecten. La mayoría cualificada se definirá de conformidad con la letra b) del apartado 3 del artículo 238 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

5. Si el Estado miembro que se ha retirado de la Unión solicita de nuevo la adhesión, su solicitud se someterá al procedimiento establecido en el artículo 49."

Ahora se abrirá un periodo de negociación con la Unión Europea de duración incierta.

Esta negociación abordará dos cuestiones: en primer lugar, los términos de la retirada y el régimen transitorio aplicable a las relaciones constituidas con anterioridad a la fecha de retirada del Reino Unido; en segundo lugar, el Reino Unido deberá negociar también un nuevo marco legal con la Unión Europea que rijan sus relaciones comerciales futuras.

Aunque el Tratado de la Unión Europea prevé que este periodo de negociación tenga una duración de dos años, el plazo es prorrogable y, dada la complejidad de las negociaciones, es previsible que se prolongue en el tiempo. Además, el acuerdo de retirada debe ser ratificado por todos los Estados miembros, lo cual puede demorar considerablemente la entrada en vigor de la salida efectiva del Reino Unido. El impacto jurídico de un escenario de Brexit afectará a algunas áreas de práctica con especial intensidad, como es el caso de los servicios financieros, propiedad industrial, cooperación judicial o las relaciones laborales. En otras áreas el impacto jurídico será menor, gracias a la existencia de una red de acuerdos bilaterales entre el Reino Unido y los demás Estados miembros de la



Unión Europea, como sucede en el ámbito de la fiscalidad. En cualquier caso, el impacto real no se conocerá hasta que el Reino Unido y la Unión Europea negocien un nuevo marco legal para sus relaciones comerciales futuras, algo que, en este instante, resulta difícil de predecir.

El Consejo de Redacción

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

ARTÍCULOS DOCTRINALES



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 6
Junio 2016
www.gabilex.jccm.es

**“ANTECEDENTES, OBJETIVOS Y PRINCIPALES
NOVEDADES DE LAS LEYES 39 Y 40/2015, REGULADORAS DEL
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN Y EL RÉGIMEN
JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO”**

D. José Antonio Moreno Molina

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

Fecha finalización del trabajo: junio 2016

SUMARIO

- I. Introducción. La cuestionable separación de la Ley 30/92 en las Leyes 39 y 40/2015**
- II. El obligatorio funcionamiento electrónico de las Administraciones públicas tanto en su ámbito interno como en las relaciones entre las entidades del sector público y con los ciudadanos**
- III. Objetivos y contenido principal de la LRJSP**
- IV. Estructura y cuestiones reguladas por la LPAC**
- V. El Informe CORA como base de las reformas introducidas por las Leyes 39 y 40 de 2015**
- VI. Otras reformas importantes para la simplificación, la buena regulación y la reorganización administrativa aprobadas en España en los últimos años**

VII. Entrada en vigor de la LPAC y LRJSP

PALABRAS CLAVE: Procedimiento administrativo; Administración electrónica; sector público; organización administrativa

KEYWORDS: Administrative Procedure; Government; public sector; administrative organization

RESUMEN: Las Leyes 39 y 40/2015 derogan la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y la Ley 11/2007, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos; y recogen principalmente su contenido. Las nuevas normas plantean una reforma del ordenamiento jurídico administrativo articulada en torno a la diferenciación entre las relaciones «ad extra» y «ad intra» de las Administraciones públicas. En el presente trabajo se analiza la decisiva influencia del Informe CORA en estas leyes, así como sus antecedentes en otras reformas normativas aprobadas en los últimos años en España para la simplificación, la buena regulación y la reorganización administrativa. Son objeto de análisis los principales objetivos y novedades de las nuevas Leyes 39 y 40/2015, entre ellas el obligatorio funcionamiento electrónico de las Administraciones públicas tanto en su ámbito interno como en las relaciones entre las entidades del sector público y con los ciudadanos, así como las deficiencias que presentan en su sistemática.

ABSTRACT: Spanish Laws 39 and 40/2015 repealing Law 30/1992 on the Legal Regime of Public Administrations and Common Administrative Procedure and the Law 11/2007 of electronic access of citizens to public services; and mainly collect its contents. The new rules pose administrative reform law articulated around the differentiation between relationships "ad extra" and "ad intra" of public administrations. In this paper the decisive influence of CORA report on these laws and their antecedents in other policy reforms adopted in recent years in Spain for simplification, good regulation and administrative reorganization is analyzed. The main objectives and developments of new Laws 39 and 40/2015 are analyzed, including mandatory electronic operation of public administrations both in domestically and relationships between public sector entities and citizens, as well as for deficiencies in their systematic.

I. Introducción. La cuestionable separación de la Ley 30/92 en las Leyes 39 y 40/2015

La aprobación de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), tiene un enorme impacto para el Derecho administrativo, del que se convertirán con su entrada en vigor en octubre de 2016 en su pilar básico.



En palabras de la exposición de motivos de la LRJSP, estas nuevas normas constituyen la “piedra angular sobre la que se edificará la Administración pública española del futuro, al servicio de los ciudadanos”¹.

Se pone de manifiesto de nuevo la inestabilidad, variabilidad y extraordinaria complejidad de este sector del ordenamiento jurídico, al que la realidad social, a la que está íntimamente unido, aporta continuamente innovaciones que como destacara MUÑOZ MACHADO provocan “mutaciones no sólo en los procedimientos sino también en lo más característico de su sustancia”².

Y, en este sentido, con la aprobación de las nuevas leyes ha destacado el profesor MARTÍN DELGADO que se logra un objetivo que era imprescindible y resultará fundamental, como es situar la regulación del uso de los medios electrónicos en el núcleo duro del Derecho administrativo³. Aquí podemos encontrar una de las principales aportaciones de la LPAC y la LRJSP.

¹ Apartado I, último párrafo, de la exposición de motivos de la LRJSP.

² MUÑOZ MACHADO, "Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración", *RAP* nº 84 (1977), pág. 521.

Acerca del desfase que inevitablemente se produce entre el Derecho administrativo y la realidad social sobre la que ha de actuar, véase también SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 61; y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, 5ª ed., Madrid, 1989, pág. 73.

³ MARTÍN DELGADO, I., “La reforma de la administración (electrónica): hacia una auténtica innovación administrativa”, *Revista Democracia y Gobierno Local*, nº 32 (2016), p. 7.

Pero, ¿cuál es el planteamiento general de las nuevas leyes?

El legislador lo explica en las exposiciones de motivos tanto de la LPAC como de la LRJSP, que plantean una reforma del ordenamiento jurídico administrativo articulada en torno a dos ejes fundamentales: las relaciones «ad extra» y «ad intra» de las Administraciones públicas.

En este sentido, la LPAC pretende establecer una regulación completa y sistemática de las relaciones «ad extra» entre las Administraciones y los ciudadanos (o los “administrados” en la terminología que también siguen utilizando la LPAC y la LRJSP), tanto en lo referente al ejercicio de la potestad de autotutela y en cuya virtud se dictan actos administrativos que inciden directamente en la esfera jurídica de los interesados, como en lo relativo al ejercicio de la potestad reglamentaria y la iniciativa legislativa.

Por su parte, la LRJSP comprendería la regulación «ad intra» del funcionamiento interno de cada Administración y de las relaciones entre ellas. Abarca así, por un lado, la legislación básica sobre régimen jurídico administrativo, aplicable a todas las Administraciones públicas; y por otro, el régimen jurídico específico de la Administración General del Estado, donde se incluye tanto la Administración institucional, como la Administración periférica del Estado. La LRJSP contiene también la regulación sistemática de las relaciones internas entre las Administraciones, estableciendo los principios generales de actuación y las técnicas de relación entre los distintos sujetos públicos.



Se sistematiza de esta forma el ordenamiento de las relaciones ad intra e inter Administraciones, que debe complementarse necesariamente con la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre; la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; la Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; y con la normativa presupuestaria respecto de las actuaciones de las Administraciones públicas, destacando especialmente la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y las leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado⁴.

Junto a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), la LPAC deroga además la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (LAECSP); el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora; el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial; así como diversos preceptos

⁴ Leyes todas ellas, y sus numerosas reformas, que vienen de nuevo a poner de manifiesto la legislación “motorizada” característica de los ordenamientos jurídicos contemporáneos y especialmente de España en los últimos decenios (GARCIA DE ENTERRIA, E.: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999, p. 48).

del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la LAECSP.

Y la LRJSP deroga la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) y la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos.

Se mantiene eso sí como texto vigente independiente la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que regula de forma específica la cabeza del poder ejecutivo de la nación, de naturaleza y funciones eminentemente políticas⁵.

La separación de la LRJPAC en dos leyes, la LPAC y la LRJSP, es uno de los aspectos más criticables de la reforma operada por las mismas⁶.

Tanto el dictamen del Consejo de Estado nº 275/2015, de 29 de abril de 2015, sobre el anteproyecto de ley del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, como el dictamen nº 274/2015, de 29 de abril, sobre el anteproyecto de ley de régimen jurídico del Sector Público, cuestionan la sistemática en que se fundamentan las nuevas leyes, que plantea una serie de inconvenientes que “evidencian la rigidez del esquema seguido y su insuficiencia

⁵ La LRJSP lleva a cabo una importante modificación de la Ley del Gobierno en su disposición final 3ª, incluyendo una reforma el procedimiento a través del cual se ejerce la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, en línea con los principios establecidos con carácter general para todas las Administraciones en el Título VI de la LPAC.

⁶ Véase SÁNCHEZ MORÓN, M., “Una reforma precipitada, o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las Administraciones Públicas”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 56 (2015), págs. 18 y ss.; y SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas”, *REDA* nº 175 (2016), p. 32.



para lograr una adecuada regulación de la materia así en general como en determinados aspectos concretos”⁷.

Estos problemas se suscitan en especial con la ordenación de las normas básicas y no básicas en materia de organización y funcionamiento administrativo (la LRJSP recoge de forma conjunta normas básicas sobre organización administrativa aplicables a todas las Administraciones públicas y normas no básicas aplicables a la Administración General del Estado), con el tratamiento dado a materias susceptibles de consideración unitaria (como por ejemplo el uso de medios electrónicos en las relaciones jurídico administrativas, que será objeto de análisis en el siguiente apartado de este trabajo) y con la regulación de determinadas instituciones clave del régimen jurídico de las Administraciones públicas, como la responsabilidad patrimonial y la potestad sancionadora.

En este sentido, los anteriores procedimientos especiales sobre responsabilidad patrimonial y sanciones administrativas que la LRJPAC regulaba en unos títulos separados (Títulos IX, sobre sanciones y X, sobre responsabilidad; desarrollados a su vez por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora y por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial), en la LPAC se han integrado dentro del procedimiento administrativo común.

⁷ Dictamen del Consejo de Estado nº 274/2015, de 29 de abril, sobre el anteproyecto de ley de régimen jurídico del sector público, apartado III.A).1.

Por su parte, los principios generales de la responsabilidad patrimonial y de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas, que también recogía la LRJPAC conjuntamente con las normas sobre procedimiento, se regulan ahora en la LRJSP, aunque afectan también directamente tanto al procedimiento sancionador como al de responsabilidad.

II. El obligatorio funcionamiento electrónico de las Administraciones públicas tanto en su ámbito interno como en las relaciones entre las entidades del sector público y con los ciudadanos

La más importante novedad que aportan la LPAC y la LRJSP es la generalización del uso de los medios electrónicos para el acceso de los ciudadanos a las Administraciones públicas y para el funcionamiento de éstas.

La tramitación electrónica no será como hasta ahora en la LRJPAC una forma especial de gestión del procedimiento administrativo, sino simplemente la forma de sustanciarlo, en palabras de la exposición de motivos de la LPAC “debe constituir la actuación habitual de las Administraciones”.



El Plan de acción de Administración electrónica 2016-2020 de la Comisión Europea, “Acelerando la transformación digital de la Administración”⁸ señala que en 2020, las Administraciones públicas y las instituciones públicas de la Unión Europea “deben ser abiertas, eficaces e integradoras, proporcionando servicios públicos digitales a todos los ciudadanos y empresas de la UE que sean personalizados, transfronterizos, servicios fáciles de usar, y de extremo a extremo” y destaca que las Administraciones públicas deben utilizar las oportunidades que ofrece el nuevo entorno digital para facilitar su interacción con las partes interesadas y entre ellas.

En este sentido, la LPAC obliga en su artículo 12 a las Administraciones públicas a garantizar que los interesados pueden relacionarse con ellas a través de medios

⁸ Documento COM (2016), 179 final.

El Plan propone la aplicación de los siguientes principios: digital por defecto (las Administraciones públicas ofrecerán servicios digitales como opción preferida), principio de solo una vez (se garantizará que los ciudadanos y las empresas suministran la misma información sólo una vez a las Administraciones públicas); inclusión y accesibilidad (las Administraciones públicas diseñarán servicios públicos digitales que sean inclusivos de forma predeterminada y adaptados a las diferentes necesidades, tales como las de las personas mayores y de las personas con discapacidades); apertura y transparencia (las Administraciones públicas compartirán información y datos y permitir que los ciudadanos y las empresas puedan tener control de acceso y rectificación de sus propios datos); transfronterizo de forma predeterminada (las Administraciones públicas desplegarán los servicios públicos digitales pertinentes disponibles a través de las fronteras y evitarán que se produzca una mayor fragmentación, facilitando así la movilidad dentro del Mercado Único); interoperabilidad de forma predeterminada (los servicios públicos se diseñarán para funcionar sin problemas en el Mercado Interior y través de los silos organizacionales, basándose en la libre circulación de datos y de servicios digitales en la Unión Europea) y confianza y Seguridad (todas las iniciativas irán más allá del mero cumplimiento del marco jurídico sobre la protección de datos personales y la privacidad y seguridad de TI, mediante la integración de estos elementos en la fase de diseño).

electrónicos, para lo que pondrán a su disposición los canales de acceso que sean necesarios así como los sistemas y aplicaciones que en cada caso se determinen; el primero de los derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones públicas que recoge en su artículo 13 consiste en el derecho “a comunicarse con las Administraciones Públicas a través de un Punto de Acceso General electrónico de la Administración” (letra a); el artículo 14.2 obliga, en todo caso, a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones públicas para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo, a las personas jurídicas, las entidades sin personalidad jurídica, quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración y los empleados públicos para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición de tales; el artículo 36 dispone que los actos administrativos se producirán por escrito a través de medios electrónicos y el artículo 7 establece que los expedientes administrativos tendrán formato electrónico.

En cuanto a la LRJSP, el artículo 3.2 prevé entre sus principios generales el que las Administraciones públicas se relacionarán entre sí y con sus órganos, organismos públicos y entidades vinculados o dependientes a través de medios electrónicos, que aseguren la interoperabilidad y seguridad de los sistemas y soluciones adoptadas por cada una de ellas, garantizarán la protección de los datos de carácter personal, y facilitarán preferentemente la prestación conjunta de servicios a los interesados; el artículo 38 regula la sede electrónica como aquella



dirección electrónica, disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones, cuya titularidad corresponde a una Administración pública, o bien a una o varios organismos públicos o entidades de Derecho Público en el ejercicio de sus competencias; el artículo 41 entiende por actuación administrativa automatizada, cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público; el artículo 46 establece que todos los documentos utilizados en las actuaciones administrativas se almacenarán por medios electrónicos y que los medios o soportes en que se almacenen documentos, deberán contar con medidas de seguridad, de acuerdo con lo previsto en el Esquema Nacional de Seguridad, que garanticen la integridad, autenticidad, confidencialidad, calidad, protección y conservación de los documentos almacenados.

La regulación que llevan a cabo tanto la LPAC como la LRJSP relacionada con el uso de medios electrónicos en las relaciones jurídico- administrativas viene a integrar en las mismas lo ya previsto en la LAECSP, que deroga en su integridad, y en el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente dicha ley. Ahora bien, respecto a estas importantes normas, que reconocieron a los ciudadanos el derecho a relacionarse con las Administraciones públicas utilizando medios electrónicos (artículos 1 y 6 de la LAECSP), la LPAC y LRJSP suponen un salto cualitativo al establecer de forma obligatoria el pleno

funcionamiento electrónico de las Administraciones públicas tanto hacia dentro de ellas como en sus relaciones con los ciudadanos⁹.

En sus dictámenes sobre los anteproyectos de la LCAP y de la LRJSP (nº 275 y 274/2015, de 29 de abril, respectivamente), el Consejo de Estado critica que la regulación unificada de la Administración electrónica que llevó a cabo la LAECSP, que ofrecía una visión de conjunto del uso de medios electrónicos en las relaciones entre los ciudadanos y las Administraciones públicas y de éstas entre sí que, sin embargo ahora se difumina en la LPAC y la LRJSP, a consecuencia de la escisión y reparto entre ambos de la materia regulada en aras de una pretendida separación entre aspectos orgánicos y procedimentales.

Para el Consejo de Estado, frente al planteamiento global del acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos y del funcionamiento electrónico de las Administraciones públicas que ofrecían tanto la LAECSP como el Real Decreto 1671/2009, la LPAC y la LRJSP introducen un elevado grado de fragmentación en este aspecto, diseminando los preceptos contenidos en las normas vigentes a lo largo de cada uno de ellos -en algunos casos con mayor desarrollo-, lo que, a la postre, dificulta la comprensión de la regulación.

⁹ Véase GAMERO CASADO, E., "Panorámica de la administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 175 (2016), págs. 15-27.



A juicio del Consejo de Estado, la potenciación del uso de medios electrónicos en las relaciones entre los interesados y las Administraciones públicas y de éstas entre sí, que es la finalidad perseguida tanto por la LPAC como por la LRJSP,

“no requiere ni exige que el contenido de la Ley 11/2007 y del Real Decreto 1671/2009 se incorpore íntegramente a los mismos. Es más, el detalle y la concreción que presentan las normas vigentes desaconsejan su incorporación a la legislación general administrativa, ya que ésta, por su propia naturaleza, debe limitarse a establecer los principios y reglas ordenadoras del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, sin descender a aquellas precisiones que son más propias de la legislación especial o de las normas reglamentarias.”¹⁰

Una de las novedades más importantes en relación con la Administración electrónica es la separación que prevé la LPAC entre identificación y firma electrónica y la simplificación de los medios para acreditar una u otra, de modo que, con carácter general, sólo será necesaria la primera, y se exigirá la segunda cuando deba acreditarse la voluntad y consentimiento del interesado.

Se establece por la nueva Ley, con carácter básico, un conjunto mínimo de categorías de medios de identificación y firma a utilizar por todas las

¹⁰ Dictamen del Consejo de Estado nº 174/2015, de 29 de abril, sobre el anteproyecto de LRJSP, apartado III.A.1.3.

Administraciones. En particular, se admitirán como sistemas de firma: los sistemas de firma electrónica reconocida o cualificada y avanzada basados en certificados electrónicos cualificados de firma electrónica, que comprenden tanto los certificados electrónicos de persona jurídica como los de entidad sin personalidad jurídica; los sistemas de sello electrónico reconocido o cualificado y de sello electrónico avanzado basados en certificados cualificados de sello electrónico; así como cualquier otro sistema que las Administraciones públicas consideren válido, en los términos y condiciones que se establezcan. Se admitirán como sistemas de identificación cualquiera de los sistemas de firma admitidos, así como sistemas de clave concertada y cualquier otro que establezcan las Administraciones públicas.

De acuerdo con el artículo 11 de la LPAC, con carácter general, para realizar cualquier actuación prevista en el procedimiento administrativo, será suficiente con que los interesados acrediten previamente su identidad a través de cualquiera de los medios de identificación previstos en la norma.

Las Administraciones públicas sólo requerirán a los interesados el uso obligatorio de firma para formular solicitudes, presentar declaraciones responsables o comunicaciones, interponer recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos.

III. Objetivos y contenido principal de la LRJSP

La LRJSP regula el régimen jurídico de las Administraciones públicas y del sector público institucional con el objetivo principal, marcado por el Informe CORA, de



dotar de la máxima claridad y coherencia al marco normativo que regula la organización del sector público en España. En este sentido, se pretende conseguir una mejora en la eficacia de la actuación administrativa que se traduzca en un más atento cumplimiento de los principios de disciplina presupuestaria.

Son preocupaciones de la LRJSP que se traducen en reglas el evitar la creación de unidades, órganos o entes administrativos innecesarios o redundantes; arbitrar un control de eficacia o supervisión continua de los ya existentes que puede llegar a determinar su supresión en el caso de que no atiendan con eficacia a los fines para los que fueron creados; obligar a la inscripción de los entes institucionales de todas las Administraciones en un inventario gestionado por el Estado como requisito previo a su entrada en funcionamiento; regular con detalle la transformación, fusión y disolución de organismos públicos; suprimir las agencias estatales, cuya autonomía financiera no se considera compatible con el actual escenario de contención presupuestaria; y establecer una normativa uniforme y más completa de los convenios de colaboración y los consorcios, con el propósito de mejorar la fiscalización del gasto público realizado a través de estas figuras¹¹.

Pero también recoge previsiones no de índole presupuestaria referidas a la ordenación de las competencias de las unidades, órganos y entes administrativos

¹¹ Sobre la LRJSP puede verse AAVV (dir. GOSALBEZ PEQUEÑO, H.), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2016.

y de las relaciones entre Administraciones públicas, así como al funcionamiento electrónico de las Administraciones públicas.

El articulado se integra por 158 artículos divididos en tres títulos, ordenados a su vez en capítulos y, varios de éstos, en secciones; a los que hay que añadir 22 disposiciones adicionales, cuatro transitorias, una derogatoria y 18 finales.

El Título preliminar recoge las importantes disposiciones generales y principios de actuación y funcionamiento del sector público y se divide en seis capítulos:

- Capítulo I. Disposiciones generales.
- Capítulo II. De los órganos de las Administraciones Públicas.
- Capítulo III. Principios de la potestad sancionadora.
- Capítulo IV. De la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.
- Capítulo V. Funcionamiento electrónico del sector público.
- Capítulo VI. De los convenios.

El contenido del Título preliminar procede de la LRJPAC y hay que destacar que en la regulación de los convenios administrativos se tiene en cuenta lo señalado por el Dictamen nº 878 del Tribunal de Cuentas, de 30 de noviembre, de 2010, que recomendaba sistematizar su marco legal y tipología, establecer los requisitos para su validez, e imponer la obligación de remitirlos al propio Tribunal.



El Título I, dedicado a la Administración General del Estado, se divide en cuatro capítulos:

- Capítulo I. Organización administrativa.
- Capítulo II. Los Ministerios y su estructura interna.
- Capítulo III. Órganos territoriales.
- Capítulo IV. De la Administración General del Estado en el exterior.

Recoge el Título I principalmente la regulación contenida en la LOFAGE.

El Título II se dedica a la organización y funcionamiento del sector público institucional y a tal efecto establece, por un lado, normas básicas para todas las Administraciones públicas, como la obligatoriedad de inscribir la creación, transformación o extinción de cualquier entidad integrante del sector público institucional en el nuevo Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local; y, por otro, en el ámbito de la Administración General del Estado, fija una nueva clasificación del sector público estatal para los organismos y entidades que se creen a partir de la entrada en vigor de la Ley, que quedan reducidos a los siguientes tipos: organismos públicos, que incluyen los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales; autoridades administrativas independientes, sociedades mercantiles estatales, consorcios, fundaciones del sector público y fondos sin personalidad jurídica.

Se divide el Título II en ocho capítulos:

-
- Capítulo I. Del sector público institucional.
 - Capítulo II. Organización y funcionamiento del sector público institucional estatal.
 - Capítulo III. De los organismos públicos estatales.
 - Capítulo IV. Las autoridades administrativas independientes de ámbito estatal.
 - Capítulo V. De las sociedades mercantiles estatales.
 - Capítulo VI. De los consorcios.
 - Capítulo VII. De las fundaciones del sector público estatal.
 - Capítulo VIII. De los fondos carentes de personalidad jurídica del sector público estatal.

El Título III se dedica a las Relaciones Interadministrativas y a sus principios rectores derivados de los artículos 2, 14 y 138 de la Constitución, como la adecuación al sistema de distribución de competencias, la solidaridad interterritorial, la programación y evaluación de resultados y el respeto a la igualdad de derechos de todos los ciudadanos.

Siguiendo la jurisprudencia constitucional, se definen y diferencian dos principios clave de las relaciones entre Administraciones: la cooperación, que es voluntaria y la coordinación, que es obligatoria. Sobre esta base se regulan los diferentes órganos y formas de cooperar y coordinar.



Se desarrollan ampliamente las técnicas de cooperación y en especial, las de naturaleza orgánica, entre las que destaca la Conferencia de Presidentes, que se regula por primera vez, las Conferencias Sectoriales y las Comisiones Bilaterales de Cooperación.

Se divide el Título III en cuatro capítulos:

- Capítulo I. Principios generales de las relaciones interadministrativas.
- Capítulo II. Deber de colaboración.
- Capítulo III. Relaciones de cooperación. Dividido en dos secciones.
- Capítulo IV. Relaciones electrónicas entre las Administraciones.

Viene a recoger la nueva Ley las disposiciones básicas sobre organización administrativa de la LRJPAC, y las reglas aplicables a la AGE que se contenían en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos. Estas normas se complementan con otras previsiones de diverso carácter procedentes de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, y el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, que la desarrolla parcialmente, el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14

de noviembre, la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, y la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. Asimismo, existen diversas referencias a la legislación financiera y presupuestaria, concretamente a la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Como advirtió en su Dictamen del Consejo de Estado nº 274/2015, de 29 de abril, la LRJSP lleva a cabo, más que una reforma, una codificación de las normas actualmente existentes en materia de organización y funcionamiento de las Administraciones públicas en general y de la Administración del Estado en particular.

Entre las modificaciones normativas que introduce la LRJSP hay que destacar sobre todo las reformas que lleva a cabo de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno; la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas; la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, de la que se modifica los artículo 2 y 3, referidos al sector público estatal y al sector público administrativo, empresarial y fundacional.

IV. Estructura y cuestiones reguladas por la LPAC

La LPAC, cuyo objetivo principal es regular con carácter básico las relaciones externas entre las Administraciones públicas y los ciudadanos, consta de 133 artículos, estructurados en seis títulos, cinco disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y siete disposiciones finales.

El Título preliminar establece las Disposiciones generales, definiendo el objeto de la Ley y su ámbito subjetivo de aplicación.

El Título I se dedica a los interesados en el procedimiento y tiene dos capítulos.

- Capítulo I. La capacidad de obrar y el concepto de interesado
- Capítulo II. Identificación y firma de los interesados en el procedimiento administrativo

El Título II regula la actividad de las Administraciones públicas y también se estructura en dos capítulos:

- Capítulo I. Normas generales de actuación
- Capítulo II. Términos y plazos

El Título III, referido a los actos administrativos, consta de tres capítulos:

- Capítulo I. Requisitos de los actos administrativos
- Capítulo II. Eficacia de los actos
- Capítulo III. Nulidad y anulabilidad

Por su parte, el Título IV establece las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común y se estructura en siete capítulos:

- Capítulo I. Garantías del procedimiento
- Capítulo II. Iniciación del procedimiento
- Capítulo III. Ordenación del procedimiento
- Capítulo IV. Instrucción del procedimiento
- Capítulo V. Finalización del procedimiento
- Capítulo VI. De la tramitación simplificada del procedimiento administrativo común
- Capítulo VII. Ejecución

El Título V contiene las normas sobre la revisión de los actos en vía administrativa, con dos capítulos.

- Capítulo I. Revisión de oficio
- Capítulo II. Recursos administrativos



El novedoso Título VI regula la iniciativa legislativa y la potestad normativa de las Administraciones públicas, estableciendo los principios a los que ha de ajustar su ejercicio la Administración titular, haciendo efectivos los derechos constitucionales en este ámbito.

La LPAC deroga expresamente la LRJPAC y la LAECSP, así como el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, el Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de registro y los artículos 2.3, 10, 13, 14, 15, 16, 26, 27, 28, 29.1.a), 29.1.d), 31, 32, 33, 35, 36, 39, 48, 50, los apartados 1, 2 y 4 de la disposición adicional primera, la disposición adicional tercera, la disposición transitoria primera, la disposición transitoria segunda, la disposición transitoria tercera y la disposición transitoria cuarta del Real Decreto 1671/2009 de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la LAECSP.

En cuanto a las modificaciones normativas que lleva a cabo la LPAC, cabe destacar la reforma de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

V. **El Informe CORA como base de las reformas introducidas por las Leyes 39 y 40 de 2015**

Las exposiciones de motivos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), reconocen expresamente la decisiva influencia en las mismas del informe elaborado por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), que se presentó en Consejo de Ministros el 21 de junio de 2013¹².

Tanto la LPAC como la LRJSP tienen al Informe CORA como su principal antecedente y al mismo tiempo éste puede explicar la rapidez con que el Gobierno impulsó la tramitación administrativa y parlamentaria de las normas, que sin embargo resulta muy criticable por la importancia fundamental de estas leyes que establecen los pilares básicos del Derecho administrativo y merecían un mayor debate y análisis¹³.

¹² Las conclusiones finales de CORA se reflejan en el documento del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y del Ministerio de la Presidencia, “Reforma de las Administraciones Públicas”, Madrid, 2013 (<http://www.seap.minhap.gob.es>, fecha de consulta 13 de junio de 2016).

¹³ Crítica con razón MARTIN REBOLLO, L. (“Análisis de la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, Aranzadi digital num.1/2015, págs. 1 y 2) que una norma de tanta importancia y significado institucional como la LPAC se tramitara en el Congreso en Comisión con competencia legislativa plena en una sola sesión y tras apenas dos meses desde su presentación (en los cuales se incluye el inicial debate de totalidad y los plazos de presentación de enmiendas) finalizara su tramitación en el Senado apenas un mes después desde que entrara el proyecto en la Cámara. Lo



El informe CORA establece respecto de cada medida a adoptar su plazo de implantación y para la nueva ley de procedimiento administrativo común (encargada al grupo 2, subcomisión de simplificación administrativa) contemplaba un horizonte de 24 meses¹⁴; mientras que para la nueva ley de régimen jurídico del sector público el plazo previsto era de 18 meses¹⁵.

La creación de CORA aparecía prevista en el “Programa Nacional de Reformas 2013 del Reino de España”¹⁶ y formó parte del proyecto reformista del Gobierno español para hacer frente a la crisis económica, que tuvo como otras medidas la

mismo puede decirse respecto del nivel de acuerdo conseguido: en el Congreso de las 258 enmiendas presentadas sólo fueron aceptadas 20 (13 de ellas del grupo mayoritario que apoyaba al Gobierno) y 9 transaccionales. Y en el Senado, de las 380 enmiendas presentadas no prosperó ninguna.

¹⁴ Medida nº 2.04.002.20, “Integración del procedimiento administrativo convencional y el procedimiento administrativo electrónico”, documento “Reforma de las Administraciones Públicas. 2. Subcomisión de simplificación administrativa”, disponible en http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/web/areas/reforma_aapp/medidas/CORA-Medidas-de-la-Subcomision-de-Simplificacion/CORA-Medidas%20de%20la%20Subcomisi%C3%B3n%20de%20Simplificaci%C3%B3n.PDF, págs. 65 y ss. (fecha de consulta 25 de mayo de 2016).

¹⁵ Medida nº 4.00.001, “Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, documento “Reforma de las Administraciones Públicas. 4. Subcomisión de administración institucional”, disponible en http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/web/areas/reforma_aapp/medidas/CORA-Medidas-de-la-Subcomision-de-Administracion-Institucional/CORA-Medidas%20de%20la%20Subcomisi%C3%B3n%20de%20Administraci%C3%B3n%20Institucional.pdf, págs. 8 y ss. (fecha de consulta 23 de mayo de 2016).

¹⁶ Véase el documento completo en www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/analisis-mercado-trabajo/pnr/PNREspanya2013.pdf (fecha de consulta 13 de junio de 2016).

Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, la reforma laboral o la reestructuración del sistema financiero¹⁷.

El Informe CORA partía del convencimiento de que una economía competitiva exige unas Administraciones públicas eficientes, transparentes y ágiles. En esta misma línea, el Programa nacional de reformas de España para 2014¹⁸ recoge expresamente la aprobación de nuevas leyes administrativas como una de las medidas a impulsar para racionalizar la actuación de las instituciones y entidades del poder ejecutivo, mejorar la eficiencia en el uso de los recursos públicos y aumentar su productividad.

El Gobierno español constituyó CORA en octubre de 2012¹⁹ con el objetivo de acometer un análisis profundo de la situación de la Administración pública que,

¹⁷ El profesor EMBID IRUJO llegó a hablar de un nuevo Derecho público de la crisis económica (“El derecho público de la crisis económica”, ponencia presentada al VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Palma de Mallorca, 11 y 12 de febrero de 2011, p. 118. Disponible en <http://www.aepda.es/EscaparateFamilia.aspx?id=71-Actividades-Congresos-de-la-AEPDA.aspx> (fecha de consulta 13 de junio de 2016); y *El derecho de la crisis económica*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2009).

¹⁸ http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/prensa/noticias/2014/Programa_Reformas_2014.pdf (fecha de consulta 29 de mayo de 2016).

¹⁹ Como antecedentes a la creación de CORA cabe resaltar el “Programa de Mejora de la Reglamentación y de Reducción de Cargas Administrativas” (BOE nº 109, de 7 de mayo de 2007), aprobado en cumplimiento del “Programa de Acción para la Reducción de las Cargas Administrativas en la UE” aprobado por la Comisión Europea. El Programa preveía la creación de un Grupo de Alto Nivel, presidido por el MAP, que se encargaría de redactar un “Plan de Acción de Reducción de Cargas Administrativas”, que se aprobó en 2008



contando con un buzón de aportaciones ciudadanas, y con la participación de organizaciones empresariales, sindicales, universidades y otros agentes²⁰, se realizara por funcionarios públicos como garantes del conocimiento en detalle de los procedimientos y estructuras existentes. Estos trabajos dieron lugar al Informe ejecutivo de CORA, con más de 200 medidas concretas de reforma²¹ en cuatro grandes áreas de actuación:

(<http://www.seap.minhap.gob.es>, fecha de consulta 13 de junio de 2016), fijando el objetivo explícito de reducir en el 30 por 100, antes de 31 de diciembre de 2012, las cargas administrativas impuestas a las empresas españolas por la normativa vigente.

²⁰ Se constituyó un Consejo Asesor en el que estuvieron representados el Defensor del Pueblo, las organizaciones empresariales y representativas de empleados públicos (CC.OO., UGT, CSIF, FEDECA, CEOE-CEPYME), el Consejo de Consumidores y Usuarios, la Asociación de Trabajadores Autónomos, el Instituto de Empresa Familiar, el Consejo Superior de Cámaras de Comercio y la Asociación Española de Empresas de Consultoría. Asimismo, se abrió un buzón de participación ciudadana a través del cual se recibieron 2.239 sugerencias en materia de duplicidades y simplificación administrativa. Véase el Informe CORA de 21 de junio de 2013: http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/web/areas/reforma_aapp/INFORME-LIBRO/INFORME%20LIBRO.PDF (fecha de consulta 26 de abril de 2016).

²¹ Plantea en su informe un total de 217 propuestas de medidas de las que 139 afectan al Estado y a las CC.AA. y 78 exclusivamente a la AGE. De estas 217 medidas, 11 tienen carácter general y horizontal para todos los ámbitos de la Administración Pública; 118 tienden a eliminar duplicidades con las CC.AA. y dentro del Estado; 42 eliminan trabas, simplifican los procedimientos y facilitan el acceso de los ciudadanos a la Administración; 38 mejoran la gestión de los servicios y medios comunes; y 8 racionalizan la Administración Institucional, tanto en el plano normativo como mediante la supresión e integración de 57 entidades públicas estatales. Esas 217 medidas han pasado finalmente a ser 222 (véase el Informe ejecutivo, balance CORA, febrero 2016, disponible en http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/web/areas/reforma_aapp/proceso/CORA-Informe-ejecutivo-balance-CORA-febrero-2016.pdf (fecha de consulta 13 de marzo de 2016).

- eliminación de duplicidades dentro de la Administración General del Estado (AGE) y entre la AGE y las Comunidades Autónomas (CCAA);
- mejora en la gestión de servicios y medios comunes;
- simplificación de procedimientos y eliminación de cargas administrativas para ciudadanos y empresas, apostando por la Administración electrónica (dentro de la cual se incluía como medida la integración de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos –LAECSP- en la normativa del procedimiento administrativo común);
- y racionalización orgánica o “adelgazamiento” de las Administraciones públicas (dentro de la cual se preveía como medida la aprobación de una nueva ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas).

El objetivo de CORA era realizar un estudio completo de la situación de las Administraciones públicas en España y proponer al Gobierno de la Nación, la Conferencia de Presidentes y el Consejo de Política Fiscal y Financiera, las reformas que sería necesario introducir en las mismas para dotarlas del tamaño, la eficiencia y la flexibilidad demandadas por los ciudadanos y la economía del país y para transformar su estructura con el doble objetivo de posibilitar el crecimiento económico y la prestación efectiva de los servicios públicos y de eliminar aquellas disfuncionalidades y defectos que pudieran dificultar ambos.



Para luchar contra las ineficiencias y redundancias competenciales, la CORA organizó su tarea a través de la creación de las Subcomisiones de Duplicidades, Simplificación, Gestión de Servicios y Medios Comunes, y Administración Institucional. Junto a unas medidas de carácter horizontal, el informe CORA recoge las propuestas de cada una de ellas.

Con el objetivo de realizar un seguimiento exhaustivo de la implantación de las medidas del CORA, el Real Decreto 479/2013, de 21 de junio, creó la Oficina para la Ejecución de la Reforma de la Administración (OPERA), con rango de Subsecretaría y dependiente de la Vicepresidencia del Gobierno y funcionalmente también del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas. La competencia de la Oficina es velar por la ejecución de las medidas y elaborar y elevar al Consejo de Ministros informes trimestrales y anuales de seguimiento de las mismas²².

Tanto el informe ejecutivo, como el detalle de las medidas y los informes de seguimiento resultan accesibles en la web de CORA y en el Portal de Transparencia del Gobierno español: http://www.seap.minhap.gob.es/es/areas/reforma_aapp.html y www.Transparencia.gob.es.

²² El informe anual de progreso correspondiente al año 2015 se puede descargar en http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/web/areas/reforma_aapp/proceso/CORA-Informe-Anual-de-seguimiento-2015.pdf (fecha de consulta 13 de junio de 2016).

La regulación actual de OPERA²³ se concreta en el Real Decreto 671/2014, de 1 de agosto, de modificación del Real Decreto 199/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, que le asigna además las funciones de gestión del Portal de Transparencia del Gobierno de España, que efectúa a través de la Oficina de Transparencia y acceso a la información (OTAI).

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) ha realizado una evaluación de la agenda de reforma de la CORA frente a las buenas prácticas y experiencias en países de la OCDE²⁴, identificando oportunidades de mejora y analizando en profundidad diferentes ámbitos de la reforma tales como finanzas

²³ OPERA realiza sus trabajos de coordinación, impulso, evaluación y seguimiento de las medidas CORA sin presupuesto propio y con funcionarios de alto nivel de otros Ministerios en atribución temporal de funciones. Cada una de las 222 medidas finalmente planteadas se ha asignado a un Ministerio, designándose a su vez en cada uno de ellos a los responsables directos de su implantación. La aplicación informática de seguimiento se alimenta mensualmente con los datos y estadísticas aportados por los distintos departamentos ministeriales, lo que permite verificar el cumplimiento de las medidas. Con dicha aplicación se actualizan permanentemente los datos de ahorros, convenios, y avance de la normativa, entre otros (http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/web/areas/reforma_aapp/proceso/CORA-Informe-Anual-de-seguimiento-2015.pdf, p. 10; fecha de consulta 13 de junio de 2016).

²⁴ Estudios de gobernanza pública de la OCDE, "España: de la reforma administrativa a la mejora continua", cuyo texto se encuentra en http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/web/areas/reforma_aapp/ocde/PGR-SPain-Resumen-Ejecutivo/PGR%20Spain%20Resumen%20Ejecutivo.pdf (fecha de consulta 23 de mayo de 2016).



públicas, gestión de TIC, gobernanza multinivel o mejora regulatoria, prestando particular atención a los retos de la implementación.

En la evaluación realizada se destaca que España comparte con otros países de la OCDE la necesidad de asegurar un enfoque coherente y de conjunto del gobierno al paquete de reformas. Esto es especialmente necesario en vista del alto grado de descentralización y fragmentación institucional existente en todo el sector público español. La experiencia de otros países de la OCDE en materia de reforma administrativa muestra que ésta es exitosa cuando no se concibe como un ejercicio por una sola vez, sino más bien como un proceso de mejora continua que identifique en permanencia tanto las carencias e ineficiencias, como las oportunidades de mejora²⁵.

Para la OCDE, transformar la reforma en un proceso continuo de mejora es particularmente relevante para que la administración pública ejerza una influencia positiva en el crecimiento y contribuya a superar los efectos de la crisis económica por la que ha atravesado España.

VI. Otras reformas importantes para la simplificación, la buena regulación y la reorganización administrativa aprobadas en España en los últimos años

²⁵ OCDE, *Panorama de las Administraciones Públicas 2015*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2016, págs. 271 y ss.

En un contexto general de reformas impulsadas tanto por la Unión Europea como por el Estado español en una etapa de fuerte crisis económica²⁶, hay que tener en cuenta que han sido muy numerosas las modificaciones legales aprobadas en los últimos años con trascendencia para el procedimiento administrativo y la organización de las Administraciones públicas.

En este sentido, debe resaltarse en primer lugar el impacto de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (la llamada "Directiva de Servicios"), que se realizó a través de una ley de carácter horizontal sobre el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios (conocida como "Ley Paraguas", la Ley 17/2009, de 23 de noviembre)²⁷, que ofrece un marco general de referencia, y una ley de modificación de 48 leyes estatales (conocida como "Ley Ómnibus", la Ley 25/2009, de 22 de diciembre) que tiene por objetivo adaptar la normativa estatal de rango legal a lo dispuesto en la Ley 17/2009 y dinamizar en mayor medida el sector servicios y alcanzar ganancias de competitividad en relación con los países europeos,

²⁶ Véase RIVERO ORTEGA, R., "Medidas para la sostenibilidad administrativa (austeridad, transparencia, eficiencia y racionalización). Análisis crítico de los artículos 32 a 36 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo", *Noticias de la Unión Europea*, nº 325 (2012), págs. 111 y ss.; y PONCE SOLER, J., *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos: las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013.

²⁷ PAREJO ALFONSO, L.J., "La Directiva Bolkenstein y la Ley paraguas: ¿Legítima el fin cualesquiera medios para la reconversión del Estado "autoritativo"?", *Revista Española de Derecho Europeo*, nº. 32 (2009), págs. 431-467.



extendiendo los principios de buena regulación a sectores no afectados por la Directiva.

Los cambios se dirigieron a mejorar la regulación para que sea más eficaz pero menos gravosa para ciudadanos y empresas. Fundamentalmente, se sustituyó la figura de la autorización previa que regía el acceso en numerosas actividades por meras comunicaciones de inicio de la actividad o declaraciones responsables por parte del prestador a la Administración. De este modo se redujeron barreras y costes de entrada a la actividad económica.

Por otro lado, se eliminaron requisitos y otros obstáculos que restringían de forma innecesaria o desproporcionada la puesta en marcha de actividades e impedían o retrasaban los nuevos proyectos emprendedores y la creación de empleo.

En este sentido, se otorgó validez en todo el territorio nacional a diversas autorizaciones o habilitaciones para el ejercicio de una actividad (de modo que el prestador de servicios no tuviese que obtener una nueva autorización en cada comunidad autónoma en la que quiere ejercer), se simplificaron procedimientos administrativos (tramitación telemática, supresión de autorizaciones provisionales, unificación de trámites de apertura y funcionamiento), y se establecieron más supuestos de silencio positivo aunque sin llegar a ser como

proponía la reforma legal la norma general en los supuestos de falta de contestación por parte de una Administración²⁸.

La Ley 25/2009 introdujo así los nuevos artículos 39 bis (Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad) y 71 bis (Declaración responsable y comunicación previa) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), así como el nuevo apartado 3 del artículo 6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos en el ámbito del procedimiento administrativo común (LAECSP), para disponer que en los procedimientos relativos al acceso a una actividad de servicios y su ejercicio, los ciudadanos tienen derecho a la realización de la tramitación a través de una ventanilla única, por vía electrónica y a distancia.

Con posterioridad, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, extendió a las actividades comerciales el régimen de acceso y ejercicio legalmente fijado para las de servicios y suprimió las autorizaciones y licencias municipales exigidas, tanto en la iniciación de dichas actividades como en la apertura de los

²⁸ También el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación, y de simplificación administrativa, dispuso la modificación del sentido del silencio administrativo en 125 procedimientos administrativos de la AGE.



establecimientos ligados a las mismas. Las autorizaciones y licencias fueron sustituidas por una declaración responsable de los operadores.

La Ley 2/2011 también recogió en el Capítulo I (Mejora de la calidad de la regulación) de su Título I (Mejora del entorno económico), unos principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las Administraciones públicas.

Así, dispuso el artículo 4 de la Ley 2/2011 que en el ejercicio de la iniciativa normativa, el conjunto de las Administraciones públicas actuará de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia. En la iniciativa normativa obligó a justificar de manera suficiente la adecuación a dichos principios.

La norma obligaba a los poderes públicos (¡qué objetivo más plausible y a la vez menos cumplido en el ordenamiento jurídico español!) a procurar el mantenimiento de un marco normativo estable, transparente y lo más simplificado posible, fácilmente accesible por los ciudadanos y agentes económicos, posibilitando el conocimiento rápido y sencillo de la normativa vigente que resulte de aplicación y sin más cargas administrativas para los ciudadanos y empresas que las estrictamente necesarias para la satisfacción del interés general.

Para contribuir al objetivo de mejora de la calidad regulatoria y a la aplicación de los principios de sostenibilidad y buena regulación, el artículo 5 de la Ley 2/2011 previó que las Administraciones públicas:

“1. Impulsarán los instrumentos de análisis previo de iniciativas normativas para garantizar que se tengan en cuenta los efectos de todo tipo que éstas produzcan, con el objetivo de no generar a los ciudadanos y empresas costes innecesarios o desproporcionados, en relación al objetivo de interés general que se pretenda alcanzar.

2. Prestarán la máxima atención al proceso de consulta pública en la elaboración de sus proyectos normativos, justificando entre otros los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas, fomentando la participación de los interesados en las iniciativas normativas, con el objetivo de mejorar la calidad de la norma. Para ello pondrán a disposición de los interesados todos los canales de comunicación necesarios, especialmente a través de medios telemáticos, y asimismo aportarán la información adecuada para la mejor comprensión y valoración de los efectos esperados de las iniciativas normativas.

3. Promoverán el desarrollo de procedimientos de evaluación a posteriori de su actuación normativa, disponiendo el establecimiento de los correspondientes sistemas de información, seguimiento y evaluación”.



Pero también obligó la Ley 2/2011 a la adaptación de la regulación vigente a los principios de sostenibilidad y buena regulación en el marco de la Conferencia Sectorial de Administración Pública.

Otra norma que suprimió trámites administrativos fue la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes de Liberalización del Comercio y de Determinados Servicios, que eliminó todos los supuestos de autorización o licencia municipal previa, motivados en la protección del medio ambiente, de la seguridad o de la salud públicas, ligados a establecimientos comerciales y otros que se detallan en el texto con una superficie de hasta 300 metros cuadrados²⁹. Así mismo, extendió la reforma a todas las obras ligadas al acondicionamiento de estos locales que no requieran de la redacción de un proyecto de obra.

También la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, recogió una serie de medidas de simplificación administrativa y de reducción de la burocracia en el ámbito de la creación de empresas y de la actividad emprendedora. La norma creó los Puntos de Atención al Emprendedor como ventanillas únicas electrónicas o presenciales a través de las que poder realizar todos los trámites para el inicio, ejercicio y cese de la actividad empresarial, garantizando la existencia de al menos un Punto de

²⁹ Ampliados a 500 m2 por la disposición final 7ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización; y a 750 m2 por la disposición final 3ª de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado.

Atención al Emprendedor electrónico en el Ministerio de Industria, Energía y Turismo para prestar la totalidad de los servicios previstos en la Ley.

En el mismo sentido, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, desarrolló en su capítulo V el “principio de eficacia en todo el territorio nacional”. De acuerdo con el mismo, basado en la confianza mutua, cualquier operador legalmente establecido, o cualquier bien legalmente producido y puesto en circulación, podrá ejercer la actividad económica o circular en todo el territorio nacional sin que quepa en principio exigirles nuevas autorizaciones o trámites adicionales de otras autoridades competentes diferentes. Se regulan con detalle en la norma diferentes supuestos de acreditaciones, reconocimientos, calificaciones, certificaciones y cualificaciones y actos de habilitación y la previsión expresa en la normativa autonómica o local de la validez del régimen aplicable a los operadores establecidos en otros lugares del territorio. Este principio de eficacia no es, sin embargo, aplicable a determinadas actuaciones relacionadas con las instalaciones o infraestructuras físicas, con la ocupación del dominio público o con la prestación de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas que, por su propia naturaleza, resultan vinculados con un ámbito territorial determinado, como sucede con las actividades desarrolladas por el taxi y el arrendamiento de vehículos con conductor, con las concesiones demaniales o con las oficinas de farmacia, que se consideran incluidas en las previsiones del segundo párrafo del artículo 20.4 de la citada Ley.



Por otra parte, la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, estableció el Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas de la AGE y el establecimiento de Puntos Generales de Entrada similares en el resto de las Administraciones públicas. Así mismo, estableció la obligatoriedad a partir de 15 de enero de 2015 del uso de la factura electrónica para todos los proveedores de bienes y servicios a las Administraciones.

Desde el punto de vista de la organización y funcionamiento de la Administración local, resulta de gran importancia la reforma llevada a cabo por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, que revisa de forma completa el estatuto jurídico de la Administración local establecido por la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local con apoyo en la aplicación de los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera o eficiencia en uso de los recursos públicos locales. La situación de crisis económica llevó al legislador a la adopción de determinadas medidas de racionalización de la organización administrativa con el objetivo de evitar costes excesivos o innecesarios³⁰.

³⁰ Sobre la influencia de la crisis económica en la Administración pública local pueden verse los trabajos de BOIX PALOP, A., “Tres notas explicativas sobre el sentido y orientación de la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: limitación de la autonomía local, recentralización y redefinición de los mercados de servicios locales”, *Diario del Derecho municipal*, lustel, 3 de enero de 2014; CASTILLO BLANCO, F., “Una lectura de urgencia de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local”, *Diario del Derecho municipal*, lustel, 3 de enero de 2014; COSCULLUELA MONTANER, L., y MEDINA ALCOZ, L. (dir.), *Crisis*

La Ley 27/2013 recogió diversas medidas dirigidas a la racionalización organizativa e integración coordinada de servicios³¹.

Los objetivos principales de la norma son clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones de forma que se haga efectivo el principio “una Administración una competencia”, racionalizar la estructura organizativa de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso y favorecer la iniciativa económica privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas.

También pretende la Ley 27/2013 impulsar el cumplimiento de los compromisos europeos sobre consolidación fiscal por parte de la Administración local

económica y reforma del régimen local, Civitas-Thomson, Navarra, 2012; EMBID IRUJO, A. “Crisis económica y reforma local”, en la obra colectiva COSCULLUELA MONTANER, L., y MEDINA ALCOZ, L. (dir.), *Crisis económica y reforma del régimen local*, Civitas-Thomson, Navarra, 2012; MELLADO RUIZ, L., “Notas críticas sobre el Anteproyecto de ley para la racionalización y sostenibilidad de la Administración local, entre la reforma y la intervención”, *Revista CEMCI*, 17, 2012; y NOGUEIRA LÓPEZ, A., “Crisis económica y cambios estructurales en el régimen del ejercicio de actividades”, en *El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, Actas del VI Congreso de la AEPDA, INAP, Madrid, 2012.

³¹ Véase AAVV, *Reforma del Régimen Local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: Veintitrés Estudios* (Coord. DOMINGO ZABALLOS, M.), Aranzadi, Cizur Menor, 2014 y LAGO NÚÑEZ, G., “¿Para qué se ha aprobado la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local?”, *Diario La Ley*, nº 8288 (2014).



racionalizando su estructura y garantizando su sostenibilidad financiera. A tal efecto, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional 233/99, de 16 de diciembre, invoca de forma conjunta los títulos competenciales recogidos en el artículo 149.1.14.ª, sobre hacienda general y deuda del Estado, y en el artículo 149.1.18.ª, sobre bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

Otra norma clave para las Administraciones públicas españolas fue la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que con su entrada en vigor para la Administración General del Estado el 10 de diciembre de 2014 permitió superar el retraso histórico de nuestro ordenamiento al respecto³².

La norma tiene como objetivos el incrementar y reforzar la transparencia en la actividad pública –lo que se articula a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas–, reconocer y garantizar el acceso a la información –regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo– y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias jurídicas derivadas de su

³² Véase el monográfico de la Revista Aletheia. Cuadernos Críticos del Derecho, nº 2 (2015), *Ética de la función pública y transparencia*, coordinado por PINTOS SANTIAGO, J. y del mismo autor, “La nueva configuración de la transparencia en la contratación administrativa. Comentario de urgencia al Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno”, *Contratación administrativa práctica*, nº 126 (2013), págs. 50 y ss.

incumplimiento –lo que se convierte en una exigencia de responsabilidad para todos los que desarrollan actividades de relevancia pública–.

La disposición final 1.2 de la Ley 19/2013 modificó la redacción del artículo 37 de la LRJPAC para reconocer el derecho de los ciudadanos a acceder a la información pública, archivos y registros y remitir en cuanto a su regulación a los términos y las condiciones establecidas en la Constitución y en la propia Ley 19/2013.

De esta forma, y en concordancia con el Derecho comparado europeo, la Ley incrementa y refuerza la transparencia en la actividad pública a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas en materia de información institucional, organizativa y de planificación.

Se garantiza el acceso a la información como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo.

Hay que tener en cuenta que el derecho de los ciudadanos a acceder a los registros y documentos que se encuentren en los archivos administrativos está reconocido en el artículo 105.b) de la Constitución y su desarrollo legal en el artículo 37 de la LRJPAC contemplaba una regulación detallada que contemplaba previsiones específica sobre el acceso a los documentos que contuviesen datos referentes a la intimidad de las personas, a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figurasen en los procedimientos de aplicación del Derecho, salvo los de



carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, pudiesen hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos.

También se preveía una limitación del derecho de acceso respecto a los expedientes “que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho administrativo; ...que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado; ...tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando; ... relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial; ... relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.”

Y se remitía a su regulación específica el acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas, el acceso a documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes, los archivos regulados por la legislación del régimen electoral, los archivos que sirvan a fines exclusivamente estadísticos dentro del ámbito de la función estadística pública, el Registro Civil y el Registro Central de Penados y Rebeldes y los registros de carácter público cuyo uso esté regulado por una ley, el acceso a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones públicas por parte de las personas que ostenten la condición de Diputado de las Cortes Generales, Senador, miembro de una

Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación Local, y la consulta de fondos documentales existentes en los Archivos Históricos.

En su nueva redacción, el artículo 37 LRJPAC se limita a remitir el régimen jurídico del derecho de los ciudadanos a acceder a la información pública, archivos y registros a lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Varias Comunidades Autónomas han aprobado sus propias leyes de transparencia, antes y después de la normativa estatal. Se pueden destacar así la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto de Navarra; la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura; la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía; la Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja; la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de Murcia; la Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de Transparencia y de Acceso a la Información Pública de Canarias; la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de Cataluña; la Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León; la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón; la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunidad



Valenciana; y la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno de Galicia³³.

Otra importante norma que puede ser destacada como antecedente de la LPAC y la LRJSP es la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa.

Las previsiones de esta norma, que resultan de aplicación desde el 1 de junio de 2015, configuran un Tablón Edictal Único, a través del "Boletín Oficial del Estado".

En el nuevo régimen legal, los anuncios de notificación que realice cualquier Administración pública cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar o el medio de la notificación, o bien intentada esta, no se hubiese podido practicar, deberán publicarse necesariamente en el BOE. Previamente, y con carácter facultativo, las Administraciones podrán publicar el anuncio en los boletines territoriales o en los tabloneros de anuncios existentes.

Esta nueva regulación resultará de aplicación cualquiera que sea la Administración competente para realizar la notificación, la materia sobre la que verse o el tipo de procedimiento administrativo de que se trate, incluidos aquellos que cuentan con normativa específica.

³³ Con anterioridad se había probado en Galicia la Ley 4/2006, de 30 de junio, sobre normas reguladoras de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública.

Además, la ley 15/2014 modifica la LAECSP para asegurar el uso de una única relación de certificados electrónicos reconocidos en todas las Administraciones públicas.

Por otra parte, la Ley 15/2014 recoge diversas medidas de reordenación de la Administración institucional, llevando a cabo una reorganización de organismos públicos con la finalidad de mejorar su eficiencia y reducir el gasto público.

En fin, puede destacarse también la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo, que pretende garantizar que el ejercicio del cargo se realice con las máximas condiciones de transparencia, legalidad y ausencia de conflictos entre sus intereses privados y los inherentes a sus funciones públicas.

Se incluyen en la norma las disposiciones relativas al nombramiento de los altos cargos, introduciendo nuevos mecanismos para velar por la idoneidad del candidato, que permitan un análisis previo de la posible existencia de conflictos de intereses y que aseguren el control del órgano que tiene asignadas las competencias en materia de incompatibilidades y conflictos de intereses.

Por otro lado, la Ley 3/2015 también aclara el régimen retributivo, de protección social, de uso de recursos humanos y materiales así como de incompatibilidades que serán aplicables a los altos cargos incluidos en su ámbito de aplicación; y refuerza el control del cumplimiento de sus disposiciones, dotando al órgano



competente para ello, la Oficina de Conflictos de Intereses, de nuevas competencias y medios para desarrollar sus funciones con las máximas garantías de competencia, transparencia e independencia³⁴.

VII. Entrada en vigor de la LPAC y LRJSP

Consciente de la importancia estructural de estas normas para el funcionamiento de las Administraciones públicas y para sus relaciones con los ciudadanos, la LPAC y la LRJSP contemplaron una “vacatio legis” muy amplia, de 1 año, de forma que según la disposición final 7 de la LPAC y la disposición final 18 de la LRJSP, las citadas leyes entrará en vigor al año de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», que se produjo el 2 de octubre de 2015³⁵.

No obstante, las previsiones de la LPAC relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico producirán efectos a los dos años de la entrada en vigor de la Ley, esto es, en octubre de 2017.

³⁴ LÓPEZ DONAIRE, B., “Comentario a la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo”, *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, nº 2 (2015), págs. 185-194.

³⁵ Véase al respecto MAYOR GÓMEZ, R., “La notificación administrativa en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas: novedades y cuestiones jurídicas controvertidas”, *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, nº 4 (2015), p. 71.

Por su parte. La LRJSP prevé que hasta que, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional cuarta, concluya el plazo de adaptación de las agencias existentes en el sector público estatal, se mantendrá en vigor la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales.

La disposición final 17 de la LRJSP establece que en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la norma, se deberán adecuar a la misma las normas estatales o autonómicas que sean incompatibles y que los consorcios creados por una ley singular aprobada por las Cortes Generales con anterioridad a la aprobación de la LRJSP seguirán rigiéndose por su legislación especial hasta que se produzca la citada adaptación normativa.



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 6
Junio 2016
www.gabilex.jccm.es

“TRAGSA Y LAS ENTIDADES LOCALES. ENCOMIENDAS, CONVENIOS Y CONTRATOS PÚBLICOS (y II)”

D. Jaime Pintos Santiago

**Doctor en Derecho
Coordinador de Contratación
Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La
Mancha**

Fecha de finalización del trabajo: 31 de enero 2016

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.**
- II. II. CONVENIOS, ENCOMIENDAS Y CONTRATOS**
- III. III. TRAGSA, LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN Y LAS ENTIDADES LOCALES**
 - 1. TRAGSA Y LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN**
 - 2. TRAGSA Y LAS ENTIDADES LOCALES**
- IV. ENCOMIENDAS Y CONVENIOS EN LA NUEVA REGULACIÓN SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS**
- V. BIBLIOGRAFÍA**

RESUMEN

La aprobación del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público con sus ingentes modificaciones, así como la última generación de Directivas en materia de contratación pública y su obligatoria y próxima transposición, obligan a los juristas y profesionales de la contratación pública a ampliar sus conocimientos en esta materia, resultando trascendental en este sentido saber diferenciar correctamente las figuras jurídicas de los convenios de colaboración, las encomiendas de gestión y los contratos públicos, porque la errónea tipificación contractual del negocio jurídico en cuestión, tiene como consecuencia la coartación de raíz de los principios generales de la contratación pública comúnmente aceptados y la no legitimación del régimen jurídico que se haya aplicado al contrato y por tanto la invalidez de este, algo de una enorme trascendencia práctica. Este estudio, que se presenta en dos partes (I y II) busca descubrir y destacar las claves y notas características que permitan al gestor público ubicar correctamente el negocio jurídico en cuestión en alguna de las tres figuras jurídicas enunciadas.

III. TRAGSA, LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN Y LAS ENTIDADES LOCALES

1. TRAGSA Y LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN³⁶

³⁶ He querido destacar en este punto exacto la decisión de TRAGSA de interponer recurso Contencioso-administrativo contra la resolución 219/2015 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno del Gobierno de España, que se insta al Grupo TRAGSA, tras reclamación presentada por ASEJA (Asociación de empresas forestales y paisajísticas de Andalucía, a publicar en su Portal de Transparencia las encomiendas de gestión objeto de solicitud por todas las Comunidades Autónomas, e incorporar todas aquellas otras de las que TRAGSA

En este caso lo primero que hay que analizar es el régimen jurídico de TRAGSA y su condición o no de medio propio de qué Administraciones o poderes adjudicadores. Para ello, es necesario acudir a lo preceptuado por la normativa que la regula, esto es, a la disposición adicional vigésima quinta del TRLCSP y al Real Decreto 1072/2010, de 20 de agosto, por el que se desarrolla el régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima (TRAGSA) y de sus filiales³⁷ (en adelante, RD 1072/2010)³⁸.

haya formado parte. De esta noticia se hacen eco diversos medios: Vozpopuli <http://vozpopuli.com/economia-y-finanzas/74680-tragsa-lleva-a-los-tribunales-al-consejo-de-transparencia-para-no-informar-de-sus-subcontratas>; y Valencia Noticias <http://www.vlcnoticias.com/tragsa-rechaza-la-resolucion-del-consejo-de-transparencia-y-buen-gobierno-del-gobierno-de-espana-de-publicar-las-encomiendas-de-gestion/> [fecha de consulta: 30-enero-2016].

³⁷ Completa la normativa que regula el régimen jurídico de TRAGSA la Orden del Ministerio del Interior, de 26 de enero de 2001, por la que se dispone la integración de la sociedad estatal Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima y sus filiales en los dispositivos y planes estatales de protección civil (BOE núm. 41, de 16 de febrero de 2001) en cuyo apartado primero se dispone que *“TRAGSA y sus filiales son medio propio instrumental y servicio técnico de la protección civil de la Administración General del Estado”*.

³⁸³⁸ El RD 1072/2010 ha sido objeto de muy reciente modificación por el Real Decreto 952/2015, de 23 de octubre. El artículo 3.2 del RD 1072/2010 y el punto 7 de la Disposición adiciones vigésima quinta del TRLCSP E establecen que las tarifas que se apliquen para determinar el importe de las encomiendas de gestión que se encarguen a TRAGSA y sus filiales deben representar el coste real de realización de los trabajos encomendados. Este principio establecido por la ley puede verse afectado por modificaciones normativas que hagan necesario una adaptación de la tarifas, si bien para que no se produzca una distorsión en el coste real de los trabajos es necesario que las nuevas tarifas sean aplicables desde el momento en que entre en vigor el cambio normativo de que se trate. Por ello, el Real Decreto 952/2015 modifica el artículo 3.9 del RD 1072/2010, con el fin de prever que si las nuevas tarifas se derivan exclusivamente de un cambio normativo, que modifique los costes reales de realización de las encomiendas,



En ambas normas se establece que TRAGSA y sus filiales son medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de los poderes adjudicadores dependientes de ellas³⁹.

Pero además de lo dispuesto por la normativa nacional es imprescindible poner el acento en la doctrina jurisprudencial que al efecto ha sentado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, donde es imprescindible traer a colación, en primer lugar, la sentencia *Teckal* según la cual la utilización de los contratos *'in house'*, por medio de los cuales, como ya sabemos, se encarga la prestación de una obra o servicio a un ente instrumental sin que se aplique el régimen general de los contratos del sector público, sólo puede ser admitida en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios⁴⁰ y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes a que pertenece⁴¹.

las mismas se aplicarán a las encomiendas en curso desde la entrada en vigor del cambio normativo.

³⁹ Hay que entender esta afirmación sobre las Comunidades Autónomas que lo será de aquellas que así lo dispusieran, conforme establece el segundo párrafo de la Exposición de Motivos del Real Decreto 1072/2010 (y además siempre y cuando se cumplan los dos requisitos *Teckal* respecto de esas Comunidades Autónomas y TRAGSA como acto seguido veremos).

⁴⁰ Respecto del primero de los requisitos de carácter acumulativo citados en la sentencia *Teckal*, el TJCE ha delimitado su alcance básicamente en la sentencia de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, *Stadt Halle y RPL Lochau*, apartado 49; en la sentencia de 21 de julio de 2005, asunto C-231/03, *CONAME*, apartado 24; en la sentencia de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, *Parking Brixen*, apartado 65; en la sentencia de 10 de noviembre de 2005, asunto C-29/04, *Comisión vs. República de Austria*, apartado 42; en la sentencia de 6 de abril de 2006, asunto C-410/04, *ANAV*, apartado 24; en la sentencia de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo*, apartados 37, 38 y 39 y en la sentencia de 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07, *Coditel*, apartados 45, 49, 50 y 51. En referencia a la última de las sentencias interesa consultar el trabajo de PERNAS

Por tanto, no se aplicará lo dispuesto en los Derechos comunitario y español de la contratación pública en el supuesto de que, de forma acumulativa, la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y la entidad concesionaria realice la parte esencial de su actividad junto con la autoridad o autoridades a las que pertenece (sentencia *Parking Brixen*, apartado 62).

Dado que se trata de una excepción a las normas generales sobre contratación pública del Derecho comunitario o de la Unión Europea, estos dos requisitos exigidos por el TJUE deben ser objeto de una interpretación estricta, recayendo la carga de la prueba de que realmente existen las circunstancias que justifican la excepción a dichas normas en quien quiera beneficiarse de ella (sentencia *Stadt Halle y RPL Lochau*, apartado 46). Del mismo modo que ocurría para el caso de los convenios administrativos, en estos supuestos encontramos casuística jurisprudencial consecuencia de un mal uso e interpretación incorrecta en la aplicación de estas figuras jurídicas.

Así podemos referir, además de las sentencias que desarrollan los dos criterios *Teckal*⁴², la STJUE en el asunto *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y*

GARCÍA, J., “La expansión de la excepción *in house* y la flexibilización progresiva del criterio del ‘control análogo’. Comentario a la sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 2008”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial La Ley, núm. 87, junio, 2009, en donde el autor pone de relieve la relajación que hace el TJCE en la aplicación del criterio del control análogo con relación a los entes comunes a varias autoridades públicas.

⁴¹ En cuanto al segundo de los requisitos acumulativos de la sentencia *Teckal*, el TJCE ha delimitado su alcance fundamentalmente a través de la antes aludida sentencia de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04, Rec. p. I- 4166, *Carbotermo*, apartados 60, 64, 65, 67 y 70.

⁴² Véanse notas al pie 4 y 5.



otros⁴³, en la que sobre el estudio y evaluación de la vulnerabilidad sísmica de unas instalaciones hospitalarias, la Administración titular del hospital encarga a una Administración Universitaria dicho servicio sin ningún de procedimiento de licitación pública, el alto Tribunal llega a la conclusión de que no se dan los dos requisitos *Teckal* y que no se puede afirmar que el objeto de ambas entidades fuese la realización de una misión de servicio público común a las mismas. Declarando el fallo en consecuencia que:

“El Derecho de la Unión en materia de contratos públicos se opone a una normativa nacional que autoriza la celebración, sin licitación, de un contrato mediante el cual se establece una cooperación entre entidades públicas cuando [...] tal contrato no tenga por objeto garantizar la realización de una misión de servicio público común a dichas entidades, no se rija exclusivamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público, o pueda favorecer a un prestador privado respecto a sus competidores”.

La STJUE en el asunto *Datenlotsen Informationssysteme*⁴⁴ se refiere a una cuestión prejudicial referida a la adjudicación de un contrato sin incoación de un procedimiento de licitación bajo la adjudicación denominada ‘*in house*’ y en la que analiza específicamente el requisito de ‘control análogo’ y en la que el Tribunal falla que:

“El artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos

⁴³ STJUE (Gran Sala), de 19 de diciembre de 2012, asunto C-159/11.

⁴⁴ STJUE (Sala quinta), de 8 de mayo de 2014, asunto C-15/13.

públicos de obras, de suministro y de servicios, debe interpretarse en el sentido de que un contrato que tiene por objeto el suministro de productos celebrado entre, por una parte, una universidad que es una entidad adjudicadora y que en el ámbito de sus adquisiciones de productos y servicios está controlada por un Estado federado alemán y, por otra, una empresa de Derecho privado controlada por el Estado federal y los Estados federados alemanes, incluido el antedicho Estado federado, constituye un contrato público en el sentido de la referida disposición y debe, por tanto, estar sujeto a las reglas de adjudicación de contratos públicos previstas en la citada Directiva”,

Ya que en la adjudicación que realiza la Universidad adjudicadora a favor de Hochschul-Infomations-System GmbH (HIS), entidad adjudicataria, no existe el requisito de ‘control análogo’, porque la entidad adjudicadora y el adjudicatario no tienen entre sí una relación de control y no se ejerce un control sobre el adjudicatario que podría calificarse de análogo.

Otro supuesto lo conforma el caso *Centro Hospitalar de Setúbal y SUCH*⁴⁵, supuesto en el que un hospital público adjudica directamente un contrato de servicios (restaurante) a una asociación de derecho privado, de utilidad pública y sin ánimo de lucro en la que la mayoría de los socios está formada por entidades adjudicadoras y en que la minoría de socios está formada por entidades de Derecho privado que constituyen asociaciones caritativas sin ánimo de lucro, concluyendo el TJUE que no se trata de una operación ‘*in house*’, sino de un contrato público de servicios por lo que resulta de aplicación la Directiva 2004/18/CE ya que:

⁴⁵ STJUE (Sala Quinta), de 19 de junio de 2014, asunto C-574/12.



“Cuando la entidad adjudicataria de un contrato público es una asociación de utilidad pública sin ánimo de lucro que, al adjudicarse ese contrato, cuenta entre sus socios no sólo con entidades pertenecientes al sector público, sino también con instituciones privadas de solidaridad social que desarrollan actividades sin ánimo de lucro, no se cumple el requisito relativo al «control análogo» [primero de los requisitos Teckal], establecido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para que la adjudicación de un contrato público pueda considerarse una operación «in house»”.

Por tanto conforme a esta sentencia estamos ante un contrato público y no cabe la aplicación de la doctrina de los contratos con medios propios o *‘in house providing’* (contratación doméstica) a asociaciones participadas por entidades del sector público y entes privados sin ánimo de lucro, siendo la peculiaridad de esta doctrina que la asociación de Derecho privado de la que es socio el Hospital adjudicatario, no reviste la forma de una sociedad y, por lo tanto, no posee capital social, y por otra y principalmente, que si bien forman parte de la misma entidades privadas, estas no son empresas, sino instituciones sin ánimo de lucro.

Es como el caso español de las sociedades de economía mixta en las que la gestión se lleva a cabo a través de la creación de una sociedad mercantil en la que la Administración participa, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas, o en la participación de una sociedad mercantil. El carácter mixto de la sociedad resulta de la participación conjunta en el capital social y en la dirección y gestión de la empresa en la que ha de intervenir la Administración.

Según la STS, Sala Tercera, Sección 4ª, de 22 de abril de 2005, los supuestos de sociedades de economía mixta reúnen capital público y privado constituyendo uno de los típicos entes instrumentales que atienden la acción de las

administraciones de trasladar a otros sujetos el ejercicio de competencias que satisfagan las necesidades colectivas de interés general, estableciendo que, de entrada la participación de la administración en el capital social en una determinada proporción compartiendo la gestión ha de calificarse necesariamente como gestión indirecta y por tanto no como una encomienda de gestión a través de la gestión directa. Por ello las sociedades mercantiles bajo control público en mayor o menor grado no pueden ser excluidas del ámbito de aplicación de las Directivas al entender que no es la forma jurídica sino el objetivo el elemento fundamental a considerar⁴⁶.

Más reciente nos encontramos con el ejemplo de la Sociedad Mercantil Arabako Lanak, S.A. a la que la Resolución de 11 de noviembre de 2015 (Expte. 7/2013, Obras Públicas Álava) de la autoridad vasca de la competencia sanciona por utilización indebida de la técnica del medido propio en cuanto que distorsionadora del mercado, cuestionando de este modo, con fundamento en la jurisprudencia del TJUE, que con una mínima participación exista control análogo y que, por tanto, exista medio propio, concluyendo en la obligación de paralizar esta práctica y abstenerse de llevarla a cabo en el futuro, bajo sanción, en su caso, de multas de 50.000 € para la Diputación de Álava, 15.000 € a la empresa pública y curiosamente ninguna a los ayuntamientos infractores.⁴⁷

⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding, asunto C-360/96 y de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia, asunto C-237/99.

⁴⁷ De las 1.000 acciones de la Sociedad sólo 44 pertenecen a Entidades Locales municipales, lo que supone por cada una de ellas una única acción representativa del 0,01 del capital social de la empresa, bajo esta premisa estos Ayuntamientos ya no licitaban las prestaciones que encargaban a esta Sociedad. Efectivamente, es lógico entender que esto es así, pero también que dicho régimen no dista nada de lo que ocurre en el caso de TRAGSA y las Comunidades Autónomas que participan en su capital social en un porcentaje muy similar al de este caso.



Así una reiterada jurisprudencia del Alto Tribunal Europeo entiende que el estatuto de derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de las Directivas sobre contratación pública⁴⁸. Si bien habrá que atenderse a la influencia dominante que pueda ejercer la Administración, bien por razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen.

Para medir esa influencia dominante podemos acudir a la Directiva 80/723/CEE de la Comisión de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados Miembros y las empresas públicas que entiende que se da esa influencia dominante cuando:

- a) poseen la mayoría del capital suscrito de la empresa o;
- b) disponen de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas por la empresa o;
- c) pueden designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa.

O mejor aún, podremos acudir como luego veremos y aunque no haya sido transpuesta ni haya transcurrido el plazo para su transposición a lo dispuesto al respecto por la Directiva 2014/24/UE.

Tal es así esta circunstancia y su casuística en el caso español que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en su sesión de 19 de junio de 2013, en la facultad que posee la CNC de dirigir a las Administraciones Públicas

⁴⁸ Entre otras las sentencias de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, C-214/00, Rec. p. I-4667 y de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, C-283/00, Rec. p. I-11697, ambas referidas a incumplimientos de Directivas sobre contratación pública por el Reino de España.

propuestas para la modificación o supresión de las restricciones a la competencia efectiva derivadas de su actuación, aprobó un Informe de 107 hojas de título “Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia”.

El propósito de este informe fue ofrecer recomendaciones que favorecieran una utilización justificada de este instrumento de aprovisionamiento público, minimizando su impacto negativo sobre la competencia, debido al elevadísimo número de entidades que ostentan la condición de medio propio en todos los niveles territoriales de Administración Pública⁴⁹. Entidades que se encuentran activas en los más variados sectores de la actividad económica y que se constituyen así como operadores económicos que actúan en auténticos mercados, si bien con la característica fundamental de que su cliente exclusivo o principal debería ser su Administración ‘matriz’⁵⁰. Recomendaciones finales de

⁴⁹ Véase por ejemplo en el Diario El Confidencial la noticia “Hacienda empuja a Ineco y Tragsa para que suelten las muletas del Estado” en la que sobre la regulación de medios propios y servicios técnicos se refiere a que “*El Gobierno quiere evitar tensiones con el sector de la ingeniería privada y va a poner coto a los privilegios de las empresas públicas Ineco y Tragsa como suministradores preferentes del Estado.*”

*El Ministerio de Hacienda ha salido al quite de la batalla que el sector de la ingeniería privada mantiene a cara de perro con las empresas estatales **Ineco** y **Tragsa** con una regulación orientada a la reordenación de las **compras públicas**, y que tiene por objeto favorecer una mayor competencia en el mercado. El departamento que dirige **Cristóbal Montoro** se ha hecho fuerte para sacar adelante una serie de restricciones y condicionantes destinados a acabar de una vez por todas con los privilegios que han disfrutado estas compañías de capital público como proveedores y aliados preferentes de la Administración del Estado...*”. La negrita es del propio artículo.

⁵⁰ Esta situación el profesor DURVAL TIAGO FERREIRA lo define como “*El triunfo de los Estados sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*” en su trabajo “El régimen de la contratación *in house* según las Nuevas directivas de contratación pública”. Disponible en <http://derechoydebate.com/admin/uploads/555e48d80f1af-durval-tiago-ferreira-el-rgimen-de-contratacion-in.pdf> [fecha última consulta: 5-julio-2015].



este informe que pasan por bastantes modificaciones normativas, por una mayor garantía de publicidad de estos negocios jurídicos, por un reforzamiento de los controles internos y externos de esta figura o por una centralización de la información, entre otras⁵¹.

Procede una última mención a los informes del Tribunal de Cuentas nº 1022 en el que se pone de manifiesto que a veces las encomiendas que se hacen a TRAGSA están fuera de relación con el objeto que la sociedad tiene atribuido en sus Estatutos⁵² y el Informe nº 1088/2015, de 30 de abril, del Tribunal de Cuentas español, de Fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados ministerios, organismos y otras entidades públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa, cuyas trece recomendaciones en las páginas 135 a 137 merecen una detenida lectura. Valga por todas la más básica pero igual de importante que el resto que dice que *“debería procederse al cambio de su denominación legal (nomem iuris) para evitar posibles confusiones con las encomiendas de gestión reguladas en el artículo 15 de la LRJPAC”*⁵³.

⁵¹ Más información también se puede encontrar en la Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la Comisión Nacional de la Competencia, en la que su punto segundo identifica a los convenios y las encomiendas de gestión como mecanismos que pueden resultar restrictivos de la competencia, de ahí añadido yo también la importancia práctica de las correctas diferenciaciones que afrontamos en este trabajo. http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/GUIA_CONTRATACION_v4.pdf [fecha última consulta: 25-junio-2015].

⁵² Véase página 28 al respecto de unas obras en un Ayuntamiento previa firma de un convenio con la Comunidad Autónoma de Cantabria, sistema de falseamiento de la competencia y de los principios y procedimientos de la contratación pública.

⁵³ El texto del informe se puede consultar íntegramente en <http://www.crisisycontratacionpublica.org/wp-content/uploads/2015/05/TC.Informe-n%C2%BA-1088.Encomiendas-de-gestio%CC%81n.pdf> [fecha de consulta: 25-octubre-2015].

Más fácil imposible, lo que denota sólo una cuestión de voluntad política y legislativa que a la vista de las últimas reformas normativas no parece darse, ya que la LRJPAC será objeto de sustitución como sabemos por dos nuevas normas de rango legal, una reguladora específicamente del procedimiento administrativo común y otra reguladora del régimen jurídico del Sector Público, siendo que se aborda la modificación del régimen jurídico de los convenios administrativos, pero no tanto el de las encomiendas de gestión del artículo 15 de la actual LRJPAC, en tanto en cuanto la nueva normativa no adopta de una manera clara las pautas puestas de manifiesto también por el Informe CORA, solicitado por el Gobierno del Estado a un grupo de expertos con el fin de llevar a cabo la reforma de las Administraciones, pero no recogidas por el legislador en estas dos iniciativas legislativas.⁵⁴

2. TRAGSA Y LAS ENTIDADES LOCALES

Apuntado lo anterior, queda ahora analizar si TRAGSA es o no un medio propio de qué Administraciones o poderes adjudicadores, dado que lo importante no es que

⁵⁴ No obstante, es de recibo decir que en el Informe trimestral de seguimiento de las medidas de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas de junio de 2015 (Informe de progreso de la CORA de junio-2015) aparece ya como una medida implantada al 100% en el primer semestre de 2015 la realización e implantación de una Circular sobre la formalización de encomiendas de gestión (pág. 45), solución que no deja de ser sino un parche a la situación real del juego permisible de esta figura al ser una circular que afecta sólo al ámbito de la Administración General del Estado y no resuelve el problema a nivel de ordenamiento jurídico nacional. La ocasión para regular la actual encomienda de gestión del artículo 15 LRJPAC la daban como decía las dos nuevas normas enunciadas, sobre todo la de Régimen Jurídico del Sector Público, así como la otorga el ALCSF para regular la encomienda de gestión que cae dentro del ámbito la doctrina *'in house providing'* diferenciándola nítidamente de la anterior.



una norma proclame expresamente que tal o cual entidad es medio propio de otra, sino que realmente lo sea⁵⁵ y ello en aplicación de todos los criterios jurisprudenciales establecidos por el TJUE en la interpretación de los dos requisitos *Teckal* exigidos para tener la condición de medio propio y poder llevar a cabo así contratos *'in house'*.

De esta forma, nos encontramos, que tanto el TRLCSP como el RD 1072/2010 califican a TRAGSA como un medio propio de la Administración estatal y, en su caso, autonómica⁵⁶, no siendo por tanto un medio propio de las entidades locales, tal y como precisa el informe 46/1998, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda⁵⁷. Asimismo de la

⁵⁵ Así lo afirma REBOLLO PUIG, en “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *RAP*, núm. 161, mayo-agosto 2003, pág. 381.

⁵⁶ Según la información facilitada en la Web de TRAGSA, actualmente son accionistas del Grupo las siguientes Comunidades Autónomas: Comunidad Foral de Navarra, Madrid, Castilla-La Mancha, Cantabria, La Rioja, Región de Murcia, Galicia, Aragón, Andalucía, Cataluña, Extremadura, Principado de Asturias, Canarias, Baleares y País Vasco. [<http://www.tragsa.es> (fecha de consulta: 7-julio-2015)]. En la sentencia del TJUE de 19 de abril de 2007, *Asemfo vs. Tragsa*, a la que a continuación me referiré choca la afirmación que hace el Tribunal en cuanto a la existencia de control sobre TRAGSA por las Comunidades Autónomas aun sin necesidad de que ostenten participación alguna en el capital social de TRAGSA. Ello también se deriva de la atribución *ex lege* de la condición a TRAGSA como medio propio de las Comunidades Autónomas, influencia que en principio el TRLCSP y el RD 1072/2010 no están habilitados para llevar a cabo en virtud del artículo 11.1 de la LRJPAC, según el cual “*corresponde a cada Administración Pública delimitar, en su propio ámbito competencial, las unidades administrativas que configuran los órganos administrativos propios de las especialidades derivadas de su organización*”.

⁵⁷ En este Informe en el que se somete la consideración de TRAGSA como instrumento o medio propio de una Entidad Local para la ejecución de actividades objeto de un contrato de obras, la Junta Consultiva concluye que “*deben reiterarse criterios anteriormente expuestos por esta Junta en cuanto a las relaciones entre sociedades públicas mercantiles y las Administraciones Públicas, sin que existan argumentos suficientes para que se*

jurisprudencia del TJUE se desprende el mismo tenor. Esto ocurre en la sentencia *Asemfo vs. Tragsa*⁵⁸, donde el alto Tribunal europeo resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo español⁵⁹ en relación con la atribución *ex lege* a TRAGSA de un régimen jurídico que le permite realizar obras

considere a TRAGSA instrumento o medio propio del Cabildo de Gran Canaria, lo que, en su caso, podría desvirtuar tales criterios”.

⁵⁸ Sentencia de 19.04.2007, asunto C-295/05, *Asemfo vs. Tragsa*, Rec. p. I-2999. Respecto de esta sentencia realiza un interesante comentario BERNAL BLAY, M.Á., “Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*. Comentario a la STJCE de 19 de abril de 2001 (AS. C-295/05, *Asemfo vs. Tragsa*)”, *RAP*, núm. 137, enero-marzo 2008, págs. 115 y ss. Para este autor, esta sentencia del TJUE no supone sino un paso en falso en la progresiva conformación del régimen jurídico de las relaciones *in house*, paso en falso que no puede suponer tener que reconsiderar toda la jurisprudencia que ha ido depurando los requisitos enunciados inicialmente en la sentencia *Teckal*, debiendo interpretarse la sentencia de 19 de abril de 2007 como un error en la apreciación de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Me parece oportuno indicar que esta conclusión es de recibo ponerla en íntima relación con las opiniones manifestadas en los votos particulares emitidos por los Magistrados del Tribunal Supremo D. Eduardo Espín Templado y D. Manuel Campos Sánchez-Bardona en la sentencia del Tribunal Supremo 444/2008, Sala 3ª, Sección 3ª, de 30 de enero de 2008 (ver nota al pie siguiente).

⁵⁹ Sobre la conformidad del régimen jurídico de TRAGSA con el Derecho de la Unión Europea se pronuncia así, en idénticos términos que la sentencia *Asemfo vs. Tragsa*, el Tribunal Supremo en sentencia 444/2008, Sala 3ª, Sección 3ª, de 30 de enero de 2008. Lo interesante de esta sentencia del Tribunal Supremo son los votos particulares emitidos por los Magistrados D. Eduardo Espín Templado y D. Manuel Campos Sánchez-Bardona, en los que ambos coinciden en señalar la necesidad de que el Tribunal Supremo debería haber formulado de nuevo la cuestión prejudicial, una vez ampliada en el sentido de añadir determinadas precisiones para colmar la falta de datos de hecho y normativos a la que se refería el Tribunal de Justicia, y ello ante la persistencia de las dudas sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea del régimen jurídico de TRAGSA, dudas que, a juicio de ambos, no habían sido resueltas en su integridad en la sentencia del TJUE de 19 de abril de 2007 en el asunto C-295/05, *Asemfo vs. Tragsa*, criterio que igualmente confirma la teoría BERNAL BLAY del paso en falso que supone esta sentencia en la doctrina del control análogo en las relaciones *in house*.



públicas sin sometimiento al régimen general de contratación administrativa mediante concurso y sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público.

En esta sentencia para el TJUE, TRAGSA está obligada a realizar los trabajos que le encomienden, en las materias que constituyen su objeto social, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos dependientes de ellas, sin tener la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones. Por ello, las relaciones de TRAGSA con estos entes públicos no tienen naturaleza contractual, sino que son, a todos los efectos, de carácter interno, dependiente y subordinado, en la medida en que esta sociedad constituye un medio propio instrumental y un servicio técnico de tales entes (debiéndose entender por tales entes solamente el Estado, las Comunidades Autónomas que así lo dispusieran y los organismos de ellos dependientes).

Por ello, en conclusión, TRAGSA es una empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias Administraciones Públicas (Estado y Comunidades Autónomas –no todas-), por lo que puede realizar obras públicas por encargo sin sometimiento al régimen general de contratación administrativa, pero sólo para las citadas Administraciones Públicas y siempre que se cumplan acumulativamente los dos requisitos *Teckal*, realizando a su vez TRAGSA una parte minoritaria de su actividad en condiciones de libre competencia con otros operadores económicos y en beneficio de otros entes públicos (entre ellos las entidades locales) y particulares⁶⁰.

⁶⁰ 10% de la totalidad del volumen de negocios según la sentencia del TJUE de 19 de abril de 2007.

Cabe afirmar, por ende, que las entidades locales⁶¹ con respecto a TRAGSA, no cumplen ninguno de los dos requisitos *Teckal*⁶², el primero, relativo al control de la autoridad pública dado que las entidades locales no participan del capital social de TRAGSA, tampoco tienen influencia en sus decisiones, ni los encargos, incluida la determinación de los precios, que aquéllos le pudieran hacer le resultan de obligado cumplimiento a ésta última y el segundo, acumulativo del primero, en el que lo esencial de la actividad que se realiza por TRAGSA es para el Estado y Comunidades Autónomas⁶³.

⁶¹ Respecto de las relaciones *'in house'* con especial atención a su modo de operar en el ámbito local interesa consultar el trabajo realizado por NOGUERA DE LA MUELA, B., "Los encargos *in house* en la Ley de Contratos del Sector Público: especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria", *RAP*, núm. 182, mayo-agosto, 2010, págs. 159-190.

⁶² Otro caso similar es el que pone de manifiesto la Cámara de Cuentas de Andalucía en el Informe de fiscalización de regularidad del Consorcio del Palacio de Exposiciones y Congresos de Sevilla (2011), en el plantea reparos al encargo de gestión de la ampliación del citado Palacio a la Empresa Municipal de la Vivienda, Suelo y Equipamiento de Sevilla (EMVISESA), al no reunir la condición de medio propio del Consorcio.

⁶³ Según el apartado 63 de la sentencia *Asemfo vs. Tragsa*, esta última "realiza por término medio más del 55% de su actividad con las Comunidades Autónomas y alrededor de un 35% con el Estado. De lo anterior resulta que esta sociedad realiza lo esencial de su actividad con los entes territoriales y los organismos públicos que la controlan", más "cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, el requisito relativo a lo esencial de la actividad de ésta puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto" (sentencia *Carbotermo*, antes citada, apartado 70), aunque bien es cierto, como afirma el Abogado General Sr. L. A. Geelhoed en sus conclusiones para el caso *Asemfo vs. Tragsa*, que estos datos pueden ser objeto de variaciones y no son concluyentes a la hora de determinar si se cumple o no el segundo requisito, porque la normativa legal y administrativa aplicable a TRAGSA no contiene disposición alguna que limite el alcance de las actividades realizadas en condiciones de libre competencia.



Siendo por ello que la autonomía de TRAGSA con respecto a las Entidades Locales rompe la presunción de la existencia de las encomiendas de gestión a las que se refiere el artículo 24.6 del TRLCSP, no estando por tanto los posibles negocios jurídicos que, basados en los artículos 6 a 12 del TRLCSP, se quieran celebrar, excluidos del ámbito de aplicación de la normativa comunitaria y nacional en materia contratación administrativa conforme al artículo 4.1 letra n) del TRLCSP y encontrándonos en línea coherente con esta argumentación, ante la existencia de contratos a título oneroso celebrados con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora y aplicándose, en resolución, las normas comunitarias y nacionales en materia de contratos públicos al objeto de evitar que se falsee el juego de la competencia.

Clarificador es en este sentido el Informe 21/2008, de 28 de julio de 2008 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el que la cuestión que se plantea por el solicitante, el Ayuntamiento de Riveira, se concreta en conocer si puede establecerse una relación jurídica con la mercantil TRAGSA para la ejecución de obras de interés comunitario mediante la formalización de un convenio a que hace referencia el artículo 3.1, letra c), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y si así fuera si el citado convenio se formalizaría como una encomienda de gestión a que se refiere la LRJPAC⁶⁴, y no la figura de la contratación administrativa. A lo que el órgano consultivo concluye que

“de cuanto se expone la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que no es posible que el Ayuntamiento de Riveira formalice un convenio de colaboración de los regulados en el artículo 4.1, letra c), de la Ley de Contratos del Sector Público, con la entidad mercantil TRAGSA, para

⁶⁴ Fijémonos aquí el grado de confusión de los organismos públicos al estar referida la cuestión planteada a la encomienda de gestión del artículo 15 de la LRJPAC y no a la del artículo correspondiente de la Ley de Contratos del Sector Público en aquél momento.

concertar la ejecución de obras, por cuanto se excluyen de tal posibilidad aquellos convenios cuya naturaleza tiene la consideración de un contrato de obras, sin que a tal fin pueda realizar una encomienda de gestión a la citada empresa”

Ya que según esta Junta Consultiva al no ser titular el Ayuntamiento de Riviera del capital de TRAGSA ni disponer de ninguna acción de control sobre la actividad de TRAGSA no se cumple la primera de las condiciones *Teckal*, y tampoco se cumple la segunda, toda vez que TRAGSA no realiza la parte esencial de su actividad para la Corporación Local. De manera que *“en consecuencia, no puede ser encomendada por el Ayuntamiento de Riveira la gestión referida a la ejecución de las obras citadas a la mercantil TRAGSA”*.

Por otro lado, también hay que tener presente que los medios propios de carácter instrumental pueden ser parte del sector público de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3.1 del TRLCSP, ya que ese puede ser el caso de la letra d)⁶⁵ de ese precepto si además de los requisitos *Teckal*, la participación de porcentaje público en el capital social de esas sociedades mercantiles es del cien por cien⁶⁶. Pero es

⁶⁵ En este sentido, el TJCE recuerda en las sentencias de 10.11.1998, asunto C-360/96, Rec. p. I-6846 (derivada de una cuestión prejudicial) y de 1.02.1991, asunto C-237/99, *Comisión vs. Francia*, Rec. p. I-961, que las sociedades mercantiles bajo control público no pueden ser excluidas del ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratos públicos, al entender que no es la forma jurídica sino el objetivo el elemento fundamental a considerar en la mismas, teniendo en cuenta para ello que el concepto de organismo de derecho público en el Derecho de la Unión Europea debe recibir una interpretación funcional y amplia.

⁶⁶ Algunos autores, como por ejemplo MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La contratación doméstica (*in house providing*) en la nueva ley de contratos del sector público”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 21-2008, siguiendo ya la jurisprudencia del TJUE hacen referencia directamente a tres requisitos (en lugar de a los dos requisitos *Teckal*), cuál es el tercero de ellos que si se trata de sociedades la totalidad del capital social ha de ser de titularidad pública.



que además, y de acuerdo con el artículo 3.3 b) del TRLCSP, esos medios propios pueden ser también poderes adjudicadores si se trata de entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de las Administraciones Públicas, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Sin embargo, difícilmente estos medios propios de carácter instrumental pueden ser poderes adjudicadores conforme al artículo 3.3 c) del TRLCSP, dado que el propio espíritu, finalidad y carácter del Derecho asociativo parece excluir esa posibilidad; y en relación al hecho de que una Administración Pública, como poder adjudicador conforme al artículo 3.2 del TRLCSP, se constituya como medio propio de carácter instrumental de otra Administración hay que excluir con carácter general esta posibilidad, en todo caso porque no cumplen con los requisitos *Teckal* para ser considerada como tal, salvo el supuesto del artículo 3.2 e) del TRLCSP porque cuando esas entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas cumplan a su vez con los denominados requisitos *Teckal* estaremos, para el TRLCSP, ante Administraciones Públicas que pueden tener la consideración de medio propio de carácter instrumental⁶⁷. Por último, esta misma circunstancia se puede repetir también en el caso de los organismos autónomos del artículo 3.2 b) del TRLCSP.

⁶⁷ Véase Informe 9/2009, de 3 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, relativo al alcance del artículo 8.2 de la Ley 30/2007, de contratos del sector público sobre la consideración de los consorcios como medios propios o servicios técnicos y el nivel de sujeción de los consorcios a la citada Ley 30/2007, en el cual esta Junta Consultiva concluye que:

IV. ENCOMIENDAS Y CONVENIOS EN LA NUEVA REGULACIÓN SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS

Como es sabido los Estados miembros tienen la obligación de transponer las Directivas 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión, 2014/24/UE sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y 2014/25/UE relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE⁶⁸, como máximo el 16 de abril de 2016⁶⁹ y que el Consejo de Ministros de 17 de abril de 2015 aprobó los Anteproyectos de Ley de Contratos del Sector Público (ALCSP) y de Contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

-
- Los consorcios tienen la condición de Administración Pública cuando concurren los requisitos establecidos en el artículo 3.2.e de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.
 - Los consorcios pueden tener la consideración de medio propio o servicio técnico siempre y cuando concurren los requisitos que exige la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, a la luz de la jurisprudencia del TJCE.

⁶⁸ Las tres Directivas son de fecha 26 de febrero de 2014, igualmente fueron publicadas en el mismo Diario Oficial de la Unión Europea, Serie L 94/46 de 28 de marzo de 2014, entrando en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

⁶⁹ Para la trasposición de la Directiva 2014/55/UE, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública, hay un plazo mayor, que se extiende hasta el 27 de noviembre de 2018. Existen también en la Directiva 2014/24/UE unos plazos transitorios de entrada en vigor para la contratación pública electrónica, véase al efecto PINTOS SANTIAGO, J., "Génesis, regulación y calendario obligatorio de la contratación pública electrónica", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial La Ley, núm. 137, mayo-junio 2015, págs. 20-32.



El ALCSP tiene por objeto la transposición al Derecho español de la Directiva sobre contratación pública y de la Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Por otro lado, el Anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales, incorporaría al ordenamiento español la Directiva 2014/25/UE y, en lo que afecta a estos sectores especiales, la Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión⁷⁰. Si bien, pese a lo anterior en este apartado no procederemos a analizar el contenido del ALCSP al respecto de la transposición que hace de las encomiendas y los convenios, ya que lo cierto es que a fecha de hoy la existencia de unas elecciones generales pueden hacer del ALCSP un texto fallido o consecuencia de una intensa tramitación parlamentaria de la que deriven un gran número de enmiendas que hagan del actual ALCSP otro muy diferente.

De este modo, en el nuevo paquete legislativo comunitario la cuestión la podemos encontrar en el artículo 28 de la Directiva sobre los sectores excluidos, en el artículo 17 de la Directiva de concesiones y en el artículo 12 de la Directiva clásica sobre contratos públicos.

Centrándonos exclusivamente en esta última como ejemplo también del resto, el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE regula los requisitos instaurados por la jurisprudencia del TJUE y que hasta ahora hemos aludido, tanto en relación con los *contratos in house* como con los convenios de colaboración, de modo que se busca clarificar en qué casos los contratos celebrados entre los poderes

⁷⁰ MORENO MOLINA, J.A., “El Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público y su imprescindible aprobación”, *Observatorio de Contratación Pública*, 20-abril-2015 <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.197/recategoria.208/re/menu.3/chk.758640b719acd6127a53331dcedc12db> [fecha última consulta: 25-julio-2015].

adjudicadores no están sujetos a la aplicación de las normas de contratación pública, tal y como hemos venido viendo hasta ahora.

Por tanto, recordando todo lo que hasta este momento hemos visto, el citado artículo 12 de la Directiva clásica sobre contratación pública precisa que la parte esencial de la actividad debe suponer al menos el 80% de las actividades de esa persona jurídica⁷¹ y añade un tercer requisito a los dos requisitos *Teckal*, con el fin de impedir cualquier tipo de participación privada en la entidad controlada.

Regula así la Directiva que un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica quedará excluido del ámbito de aplicación de la Directiva si se cumplen todas y cada una, acumulativamente, de las condiciones siguientes⁷²:

- a) *que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;*

⁷¹ Es de reseñar que en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a la contratación pública, COM (2011) 896 final, este porcentaje era del 90%.

⁷² Sobre estas condiciones y su interpretación es necesario traer a colación la jurisprudencia del TJUE en las sentencias de 29 de noviembre de 2012, asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11, *Econord SpA*, DO C 211, de 16.7.2011, que referida a los requisitos de aplicación de la adjudicación ‘*in house*’ a una entidad adjudicataria controlada conjuntamente por varios entes territoriales concluye que “*Cuando varias administraciones públicas, en su condición de entidades adjudicadoras, crean en común una entidad encargada de realizar la misión de servicio público que incumbe a aquéllas o cuando una administración pública se adhiere a la mencionada entidad, el requisito sentado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –según el cual, para que tales administraciones públicas queden dispensadas de su obligación de tramitar un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de conformidad con las normas del Derecho de la Unión, han de ejercer conjuntamente sobre dicha entidad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios– se considerará cumplido cuando cada una de las administraciones públicas participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión*”.



- b) *que más del 80% de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador; y*
- c) *que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada*⁷³.

Se considerará que un poder adjudicador ejerce sobre una persona jurídica un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, al que se refiere la letra a) anterior, cuando ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada. Dicho control podrá ser ejercido también por otra persona jurídica, que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador, es lo que se conoce como ‘encomienda de gestión horizontal’⁷⁴.

Todo lo anterior se aplica también cuando la persona jurídica controlada, siendo un poder adjudicador, adjudica un contrato al poder adjudicador que la controla o

⁷³ Este texto final fue consecuencia de una enmienda realizada por el Comité de las Regiones de la Unión Europea mediante el Dictamen del 97º Pleno de los días 8 al 10 de octubre de 2012 (ECOS-V-029), pág. 11.

⁷⁴ Interesa consultar las conclusiones y los razonamientos del apartado II del Informe de la Abogacía General de Estado de fecha 27 de enero de 2015 de la Abogada del Estado Marta Silva de Lapuerta (Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 3/15 (R — 612015)), en el que informa positivamente la posibilidad de utilizar lo dispuesto al efecto de la ‘encomienda de gestión horizontal’ por el artículo 12 de la Directiva 2014/124/UE pese a no haberse efectuado su transposición.

a otra persona jurídica controlada por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se adjudica el contrato, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no otorguen una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada⁷⁵.

Asimismo y como consecuencia precisamente de esa ‘encomienda de gestión horizontal’, un poder adjudicador que no ejerza sobre una persona jurídica de Derecho público o privado un control como el que hemos definido de ‘análogo’ podrá, no obstante, adjudicar un contrato público a dicha persona jurídica sin aplicar la Directiva si se cumplen todas y cada una de las siguientes tres condiciones, que no sino las mismas que anteriormente hemos enunciado, pero ahora referidas a una pluralidad de poderes adjudicadores:

- a) *que el poder adjudicador ejerza sobre dicha persona jurídica, conjuntamente con otros poderes adjudicadores, un control análogo al que ejerce sus propios servicios;*
- b) *que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por los*

⁷⁵ “La ya citada Sentencia de 17 de julio de 2008, asunto Comisión contra Italia, así como la Sentencia de 10 de septiembre de 2009, asunto Sea Srl., o, recientemente, la Sentencia de 29 de noviembre de 2012, asunto Econord SpA, la participación privada, aun minoritaria, en el capital de una sociedad la inhabilita como medio propio o servicio técnico susceptible de recibir encargos de un poder adjudicador” en TEJEDOR BIELSA, J., “Algunas novedades sobre encargos de ejecución en las nuevas Directivas...” en el Blog de ‘espublico’. Disponible en: <http://administracionpublica.com/novedades-ejecucion-directivas/> [fecha última consulta: 27-julio-2015]. En este artículo se recogen además diversos comentarios a la excepción que contempla el artículo 12.1.c) de la Directiva 2014/24/UE, calificándola en definitiva como una “una vía de agua en un régimen que había sido laboriosamente construido”.



poderes adjudicadores que la controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores;

- c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las modalidades de participación de capital privado que no supongan un control o una posibilidad de bloqueo y que vengan impuestas por las disposiciones de la legislación nacional, de conformidad con los Tratados, y que no suponga el ejercicio de una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.*

Pero es que a estos efectos, se considera que los poderes adjudicadores ejercen conjuntamente un control sobre una persona jurídica si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

- a) que los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes. Cada representante puede representar a varios poderes adjudicadores participantes o a la totalidad de los mismos.*
- b) que esos poderes adjudicadores puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada; y*
- c) que la persona jurídica controlada no persiga intereses contrarios a los intereses de los poderes adjudicadores que la controlan;*

Por lo que se refiere a los convenios entre poderes adjudicadores, el apartado 4 del artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE establece que un acuerdo celebrado entre dos o más poderes adjudicadores no se considerará un contrato público cuando se cumplan, conjuntamente, todas y cada una de las siguientes condiciones:

-
- a) *que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común;*
 - b) *que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público; y*
 - c) *que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20 % de las actividades objeto de la cooperación.*

Por tanto, añade la nueva Directiva también un elemento cuantitativo que antes no se daba y que el apartado 5 del referido artículo 12 de la Directiva aclara en cuanto a que para determinar los porcentajes de actividades de más del 80% o menos del 20 %, se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados por la persona jurídica o el poder adjudicador considerado en relación con servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato.

Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad de la persona jurídica o del poder adjudicador considerado, o debido a la reorganización de las actividades de estos, el volumen de negocios, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.

Todo lo cual, una vez transpuesto al ordenamiento interno español nos aportará mayor seguridad jurídica y control, pero mientras tanto nos servirá a todos los gestores y operadores de la contratación pública como elemento orientativo e



interpretativo⁷⁶ de la buena dirección a seguir en la utilización correcta de las tres figuras jurídicas analizadas, contratos públicos, encomiendas de gestión y convenios de colaboración, en orden al respecto y salvaguarda de los principios generales del Derecho y de la contratación pública.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL BLAY, M.Á., “Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*. Comentario a la STJCE de 19 de abril de 2001 (AS. C-295/05, *Asemfo vs. Tragsa*)”, *RAP*, núm. 137, enero-marzo 2008, págs. 115 y ss.
- BLANQUER CRIADO, D., en *Contratos del Sector Público*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 1.146.
- BUSQUETS LÓPEZ, M.Á. y CASTRO RAIMÓNDEZ, J., “Algunas conclusiones sobre la naturaleza y régimen jurídico de las encomiendas o encargos de gestión a medios propios a que se refieren los artículos 4.1 n) y 24 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *Auditoría Pública*, núm. 51, 2010, págs. 65 – 86.

⁷⁶ “Existe fuerza jurídica de las nuevas Directivas de contratación pública de la que deriva que, antes del plazo de transposición de las Directivas, sea posible la interpretación conforme a las mismas del marco nacional vigente, siempre con el objetivo de no realizar una interpretación que puedan frustrar la finalidad”, GIMENO FELIÚ, “El valor interpretativo de las nuevas directivas de Contratación Pública antes del vencimiento del plazo de transposición”, Observatorio de Contratación Pública (ObCP). <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.191/recategoria.208/re/menu.3/chk.b124558896f43f2d2997a872b828b959> [fecha última consulta: 25-julio-2015].

-
- CONDE QUINTANO, A.M., “La doctrina “*in house providing*” y las encomiendas de gestión en el ordenamiento jurídico español”, *Noticias Jurídicas*, febrero 2010.
 - DURVAL TIAGO FERREIRA, “El régimen de la contratación *in house* según las Nuevas directivas de contratación pública”. Disponible en <http://derechoydebate.com/admin/uploads/555e48d80f1af-durval-tiago-ferreira-el-rgimen-de-contratacion-in.pdf> [fecha última consulta: 5-julio-2015].
 - GALLEGO CÓRCOLES, I., “¿Convenio o contrato? La cooperación institucional en la jurisprudencia del TJUE”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, La Ley, núm. 135, ene-feb 2015, págs. 78 y 79.
 - GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 2002, pág. 685.
 - GIMENO FELIU, J.M., “*El informe CORA y la contratación pública: una visión crítica*” publicado en el Observatorio de la Contratación Pública – www.obcp.es.
 - GIMENO FELIÚ, “El valor interpretativo de las nuevas directivas de Contratación Pública antes del vencimiento del plazo de transposición”, Observatorio de Contratación Pública (ObCP). –www.obcp.es.
 - GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “Las claves de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (BOE 2 de octubre de 2015)”, Wolters Kluwer La Ley.



-
- *Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia* (pág. 13), disponible en la Web de la Comisión Nacional de la Competencia: www.cncompetencia.es, en el apartado “*guías y recomendaciones*” [fecha última consulta: 16-junio-2015].
 - LAZO VITORIA, X., “El Futuro del Mercado Concesional en Europa”, *Revista CEFLEGAL*, CEF, núm. 154, noviembre-2013, pág. 137-174.
 - MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La contratación doméstica (*in house providing*) en la nueva ley de contratos del sector público”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 21-2008.
 - MORENO MOLINA, J.A., “El Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público y su imprescindible aprobación”, *Observatorio de Contratación Pública (ObCP)*, 20-abril-2015 –www.obcp.es-.
 - MUÑOZ ZAPATA, D., “Convenios de colaboración entre administraciones públicas y entidades de derecho privado en el TRLCSP”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 131, Editorial La Ley, may-jun 2014, págs. 92-107.
 - NOGUERA DE LA MUELA, B., “Los encargos *in house* en la Ley de Contratos del Sector Público: especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria”, *RAP*, núm. 182, mayo-agosto, 2010, págs. 159-190.
 - PANIZO GARCÍA, A. en “Régimen Jurídico de los convenios de colaboración”, *Revista Jurídica LA LEY*, núm. 3.895, 1995.

-
- PASCUAL GARCÍA, J., *Las encomiendas de gestión a la luz de la ley de contratos del sector público*, Ed. Ministerio de la Presidencia-BOE, Madrid, 2010.
 - PASCUAL GARCÍA, J., en *Convenios de colaboración entre Administraciones públicas y convenios con administrados*, Editorial Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2012, págs. 33 y ss.
 - PERNAS GARCÍA, J., “La expansión de la excepción *in house* y la flexibilización progresiva del criterio del ‘control análogo’. Comentario a la sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 2008”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial La Ley, núm. 87, junio, 2009.
 - PINTOS SANTIAGO, J., “Génesis, regulación y calendario obligatorio de la contratación pública electrónica”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial La Ley, núm. 137, mayo-junio 2015, págs. 20-32.
 - REBOLLO PUIG, en “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *RAP*, núm. 161, mayo-agosto 2003, pág. 381.
 - TEJEDOR BIELSA, J., “Algunas novedades sobre encargos de ejecución en las nuevas Directivas...” en el Blog de ‘espublico’. Disponible en: <http://administracionpublica.com/novedades-ejecucion-directivas/> [fecha última consulta: 27-julio-2015].



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 6
Junio 2016
www.gabilex.jccm.es

“LA DIVISION DEL OBJETO DEL CONTRATO EN LOTES”.

D. M^a. PILAR BATET JIMÉNEZ

**Jefa del Servicio de Contratación y Central de compras de la Diputación
Provincial de Castellón**

Fecha de finalización del trabajo: mayo 2016

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN

- II. REGULACIÓN DE LA DIVISIÓN DEL CONTRATO EN LOTES :
 - 1. REGULACIÓN EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA
 - 2. REGULACIÓN DE LOS LOTES EN LA NORMATIVA EUROPEA
 - 3. ALGUNOS ASPECTOS DEL PROCEDIMIENTO CUANDO SE ESTABLEZCAN LOTES

- III. DISCRECIONALIDAD DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN:
 - 1. PONDERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
 - 2. LA DISCRECIONALIDAD DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN
 - 3. ALGUNOS ASPECTOS DEL PROCEDIMIENTO CUANDO SE ESTABLEZCAN LOTES

**4. LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN
RELACIÓN CON LA DIVISIÓN DEL CONTRATO EN LOTES**

**IV. LIMITACIÓN DEL NÚMERO DE LOTES A LOS QUE UN OPERADOR
ECONÓMICO PUEDE LICITAR O SER ADJUDICATARIO:**

1. LIMITACIÓN DEL NÚMERO DE LOTES

2. COMBINACIÓN DE LOTES

V. LA GESTIÓN INTEGRAL DE SERVICIOS

VI. CONCLUSIONES

I.- INTRODUCCIÓN

La regulación jurídica de la división del objeto del contrato en lotes efectuada por la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (en adelante la Directiva 24), ha supuesto un cambio sustancial respecto de la regulación en nuestra normativa contractual al establecer, como regla general, la división del contrato en lotes y la necesidad de justificar los motivos que impiden o desaconsejan no hacerlo, así como la posibilidad de limitar tanto en la licitación como la adjudicación de uno o varios lotes para una misma empresa. La división en lotes podrá realizarse de una manera cuantitativa, adecuando el importe de los mismos a la capacidad de las pequeñas empresas, o de forma cualitativa, teniendo en cuenta los diferentes sectores y las especializaciones de las empresas.

Con el nuevo marco normativo europeo, se pretende favorecer la participación de las pymes en la contratación pública, dotándolas de mayores oportunidades de competir con las grandes empresas en las licitaciones públicas.

En el presente artículo se analizará básicamente el cambio operado por la normativa europea respecto de la división del contrato en lotes, las posibilidades que se ofrecen respecto de la limitación o la combinación de los lotes, así como la discrecionalidad del órgano de contratación para su configuración y el alcance de su revisión por los tribunales administrativos y judiciales, efectuando un análisis de los pronunciamientos de la Juntas Consultivas de Contratación Administrativa y, especialmente, de los Tribunales de Recursos Contractuales .

II.- REGULACIÓN DE LA DIVISIÓN DEL CONTRATO EN LOTES:

1. REGULACIÓN EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

A la legislación española no le es extraña la división del objeto del contrato en lotes, teniendo referencias remotas en algunas normas como la Orden del Almirantazgo de 3 de mayo de 1968, tal y como pone de manifiesto MUÑOZ⁷⁷. Con la ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas ya se prevé la posibilidad de división del contrato en lotes, para obras y servicios y será tras la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, con la que a efectos de la regulación de

77 MUÑOZ ZAPATA, DAVID, “La división del contrato en lotes tras la aprobación de la cuarta generación de Directivas”, en la Revista: Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, nº 136, 2015, págs. 42-63.

los contratos sujetos a regulación armonizada, se extiende la posibilidad de división en lotes a los contratos de suministro.

El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), hace una regulación del fraccionamiento del contrato, desde la premisa de evitar el fraude.

En el artículo 86.3 TRLCSP, se admite la posibilidad de establecer lotes cuando se cumplen los siguientes requisitos:

- que el objeto del contrato admita fraccionamiento,
- que se justifique debidamente en el expediente,
- que cada una de las partes que conforman los lotes sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado;
- que constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.

Regula también el citado artículo, un supuesto especial de división del contrato en lotes en el caso de obras, cuando las prestaciones permitan una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación.

En el supuesto de división del contrato en lotes, las normas procedimentales y de publicidad a aplicar para la adjudicación de cada lote, serán las que correspondan en función del valor acumulado de todos los lotes, con las excepciones contenidas en los artículos 14.2, 15.2 y 16.2⁷⁸. Lo que se pretende por

78 Cuando el valor acumulado de los lotes en que se divida la obra iguale o supere la cantidad para la regulación armonizada, se aplicará ésta a la adjudicación de cada lote,

el legislador es evitar que se fraccione un contrato para disminuir su cuantía y eludir así los requisitos de publicidad o de procedimiento (art. 86.2 TRLCSP).

Señala AGUDO⁷⁹ que el “El fraccionamiento, para ser conforme a Derecho, no sólo no debe perseguir la evitación de las reglas sobre publicidad y concurrencia, sino que, de forma previa, ha de ser respetuoso con el principio de complitud del objeto del contrato y su necesaria vinculación con las necesidades públicas a satisfacer”.

La cuestión sobre la utilización o aprovechamiento separado de las prestaciones y la de cuando éstas constituyen una unidad funcional, es harta delicada⁸⁰ y deberá valorarse en atención a las circunstancias particulares de cada contrato, habiendo sido objeto de numerosos informes de las distintas Juntas Consultivas de Contratación Administrativas.

Podemos destacar el Informe 69/2008 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (en adelante JCCA) del Estado, que dispuso que existirá fraccionamiento del objeto del contrato, cuando las diversas partes de la prestación que se contraten individualmente no sean susceptibles de

sin embargo, los órganos de contratación podrán exceptuar de estas normas a los lotes cuyo valor estimado sea inferior a un millón de euros -o 80.000 euros en servicios y suministros-, siempre que el importe acumulado de los lotes exceptuados no sobrepase el 20 por 100 del valor acumulado de la totalidad de los mismos.

79 AGUDO GONZALEZ, JORGE, “El fraccionamiento de los Contratos: Invalidez y Fraude de Ley”, en la Revista de Estudios Locales “Cuestiones teóricas y prácticas sobre la contratación pública local”, Coordinada por Jesús Colás Tenas y Silvia Díez Sastre, nº 161, pág. 147-181.

80 Ver artículo de BATET JIMENEZ, MARIA PILAR, “Reflexiones sobre el fraccionamiento indebido de los contratos” en www.obcp.es



aprovechamiento o utilización por separado por constituir una unidad funcional entre ellas, atendiendo a la finalidad que deben cumplir conjuntamente.

Pues bien, la doctrina de las Juntas Consultivas de Contratación, va a dar un giro importante respecto del concepto de “unidad funcional”, puesto que a partir de ahora, en aplicación de la Directiva 24, los órganos de contratación podrán justificar la división del contrato en lotes con la finalidad de favorecer el acceso de las Pymes a las licitaciones. La JCCA del Estado, en el reciente informe 12/2015, de 6 de abril de 2016, llama la atención sobre el cambio de criterio con el expresado en su informe 31/2012, de 7 de mayo de 2013, que trataba de la contratación por un Ayuntamiento de unas obras de reparación de aceras en diversas calles de la misma ciudad y la JCCA consideró que existía una única finalidad (la reparación de aceras) lo que conllevaba una unidad funcional, y la justificación de la división del contrato para beneficiar a las pymes, no justificaba la división, concluyendo que se debía utilizar un único procedimiento de adjudicación para la totalidad de las aceras a reparar. Pues dice ahora la JCCA que “este criterio debe entenderse ahora superado tras el cambio de contexto”.

Sin embargo, conviene tener en cuenta que lo que se pretendía por el órgano que realizó la consulta que motivó el informe 31/2012, no era la dividir el contrato en lotes, sino efectuar contratos menores o negociados para cada calle, solución que ahora tampoco se podría realizar.

Como indica GALLEGO⁸¹, desde el punto de vista teórico, es difícil que se cometa fraude de ley al fraccionar un contrato, puesto que el art. 86.3 TRLCSP, último párrafo, establece que las normas de publicidad que deben aplicarse para la adjudicación de cada lote se determinará en función del valor acumulado del conjunto, desapareciendo así la objeción fundamental utilizable contra la división en lotes.

En cualquier caso, la regla general contenida en el TRLCSP, es la no división del contrato en lotes, y excepcionalmente, se podrá realizar si se dan los requisitos citados anteriormente y se motiva en el expediente.

La Unión Europea ha venido poniendo de relieve la dificultad que experimentan las pymes para acceder a la contratación pública, considerando a estas empresas como la espina dorsal de la economía de la Unión Europea por su gran potencial de creación de empleo, crecimiento e innovación. La doctrina también ha venido manifestando la necesidad de que se adopten medidas activas de protección y ayuda a las PYME, como señala BLANCO⁸², la adopción de éstas medidas no tiene porqué laminar los principios de igualdad de trato y objetividad, y la reducción de los grandes contratos en lotes, minorando así los requisitos de solvencia y la complejidad ejecutiva de la prestación, favorece directamente a las pymes.

81 GALLEGO CORCOLES, ISABEL, “Contratación del Sector Público Local”, Libro colectivo coordinado por Castro Abella, F., Wolers Kluwer España, S.A., 3ª ed., 2013, págs. 576 y ss.

82 BLANCO LÓPEZ, FRANCISCO, “División del objeto contractual en lotes. Delimitación de los lotes a los que se puede licitar y de los que se puede resultar adjudicatario. Medidas a favor de las PYME”, en www.obcp.es

2. REGULACIÓN DE LOS LOTES EN LA NORMATIVA EUROPEA

La regulación de la Directiva 24 cambia la situación jurídica respecto de la división del objeto del contrato en lotes, al establecer en su artículo 46, que los poderes adjudicadores indicarán las principales razones por las cuales han decidido no subdividir el contrato en lotes, incluyéndola en los pliegos de la contratación o en el informe específico. Estamos ante la regla inversa que determina el TRLCSP, que exige motivar la elección de dividir el contrato en lotes.

La justificación de esta regulación viene establecida en los considerandos 78 y 79, en los que se dispone que “debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYME. Es preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulado “Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos”, que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que se facilite la participación de las PYME”.

Con esta regulación, se quiere fomentar la división de los grandes contratos en lotes, tanto de forma cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases posteriores de los proyectos.

Establece la Directiva 24 que el poder adjudicador estudiará la conveniencia de dividir los contratos en lotes y determinará libremente la cuantía

y el contenido de los lotes, pero cuando decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, deberá indicar las razones que expliquen dicha elección. Y establece, a modo de ejemplo, las razones que pueden justificar el no establecimiento de lotes: “el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato”.

Por otra parte, permite a los Estados Miembros que puedan imponer, en la normativa de transposición de la misma, la división en lotes de determinados contratos, de los que, por tanto, no habrá opción de decidir la no división en lotes.

La protección de las pymes es un referente constante a lo largo de la Directiva 24, por ejemplo, en el considerando 59, en relación con la agregación y la centralización de las compras, indica que se debe prestar una especial atención para evitar una excesiva concentración de poder adquisitivo, evitar la colusión y preservar la competencia y las posibilidades de acceso al mercado de las PYME.

La Unión Europea ya había dado pasos hacia el fomento entre los países miembros del apoyo a las PYME, con la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones «Pensar primero a pequeña escala» «Small Business Act» para Europa: Iniciativa en favor de las pequeñas empresas⁸³, en la que se señala que papel de

83 Bruselas, 25.6.2008, COM(2008) 394 final.



las PYME en nuestra sociedad es cada vez más importante, ya que crean empleo y son protagonistas clave para garantizar la prosperidad de las comunidades locales y regionales; posteriormente, con el “Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos”⁸⁴ (mencionado en el considerando 78 de la Directiva), en el que se indica la necesidad de superar las dificultades relacionadas con el tamaño de los contratos; y también se hace referencia a las pymes en el “Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente”⁸⁵.

Como indica MUÑOZ⁸⁶, al realizar un análisis de la regulación de la división en lotes en cada una de las cuatro generaciones de Directivas en materia de contratación pública, señala que “la regulación que este nuevo paquete de Directivas (en alusión a la cuarta generación) ha hecho sobre la división en lotes representa el afianzamiento de esta figura que queda dotada de un marco

84 Bruselas, 25.06.2008, SEC(2008)2193. Establece las posibles soluciones a las dificultades que encuentran las PYME, agrupándolas bajo los siguientes epígrafes:

- Superar las dificultades relacionadas con el tamaño de los contratos
- Garantizar el acceso a la información relevante
- Mejorar la calidad y la comprensibilidad de la información proporcionada
- Fijar niveles de capacitación y requisitos financieros proporcionados
- Aliviar la carga administrativa
- Poner énfasis en la relación calidad-precio y no meramente en el precio
- Conceder plazo suficiente para preparar las ofertas
- Velar por que se respeten los plazos de pago

85 Bruselas, 27.1.2011, COM(2011) 15 final, entre otras referencias: “Se podría lograr también una competencia eficiente dividiendo los contratos en lotes, añadiendo tal vez que solo un número máximo de lotes pueda adjudicarse a un mismo licitador” (pág.33).

86 MUÑOZ ZAPATA, DAVID, *Op. Cit.*

regulatorio amplio aportando seguridad jurídica a su utilización por parte de los poderes adjudicadores”.

Respecto del resto de Directivas que conforman la cuarta generación, la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, en su artículo 65, aunque menos ambiciosa en esta materia, también establece la posibilidad de establecer lotes y de limitar tanto la adjudicación como la adjudicación de uno o varios lotes para una misma empresa. La Directiva reguladora del contrato de concesión no supone ningún cambio concreto.

Las disposiciones de una directiva que resultan, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, los particulares pueden invocarlas frente al Estado, tanto cuando éste se abstiene de adaptar el derecho interno a la directiva dentro de plazo, como cuando hace una adaptación incorrecta (Sentencia TJUE Beentjes, 31/87)⁸⁷

El efecto directo de la Directiva 2014/24/UE, desde el 18 de abril de 2016, fecha en que finaliza el plazo para su transposición, ha sido analizado en el estudio realizado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública,

87 Ver MORENO MOLINA, JOSE ANTONIO, “La decisiva influencia del derecho comunitario en la Ley 30/2007, de contratos del sector público”, en el libro “Estudios sobre la Ley de contratos del sector público”, coordinado por Jesús Colas Tenas y Manuel Medina Guerrero, ed. por Fundación Democracia y Gobierno Local e Institución Fernando el Católico, 2009, pags.11-36.

Ver también, GIMENO FELIU, JOSÉ MARÍA, “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos públicos. La Directiva de concesiones”, en www.obcp.es



aprobado el 1 de marzo de 2016 en Madrid: “Las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público”. En referencia al artículo 46, se establece que los apartados 1 y 2, referidos el primero a la necesidad de justificar expresamente la no división en lotes, y relativo el segundo a la posibilidad de limitar el número de lotes a los que se puede licitar y el número máximo de lotes de los que puede resultar adjudicatario un licitador, tienen efecto directo. Respecto del apartado 3, sobre ofertas integradoras, precisaría, en principio, de un acto de transposición porque se trata de una opción para los Estados miembros; sin embargo, esta posibilidad ya viene siendo utilizada al amparo del artículo 5 del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, por el que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicaciones. Por último, respecto del apartado 4, sobre la posibilidad de que los Estados miembros hagan obligatoria la adjudicación por lotes separados, precisa de transposición y carece de efecto directo.

También se han pronunciado en ese sentido, la JCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón⁸⁸, y la JCCA de la Generalitat de Catalunya⁸⁹, si bien ésta

88 Informe 17/2015, de 3 de diciembre.

89 Informe 1/2016, de 6 de abril, en el que se dispone: “Esta Junta Consultiva ya había tratado la cuestión de la aplicación directa de la Directiva 2014/24/UE en el Informe 19/2014, de 17 de diciembre, si bien específicamente en relación con la aplicabilidad de sus previsiones con incidencia en materia de pymes. En este Informe se señaló, en resumidas cuentas, que determinadas previsiones recogidas en la Directiva 2014/24/CE – haciendo referencia, concretamente, a la división en lotes del objeto de los contratos y a las contrataciones conjuntas, dado el objeto del Informe– eran plenamente aplicables, incluso antes de finalizar su plazo de transposición, ya que no contravienen el régimen jurídico en materia de contratación pública comunitario e interno, y constituyen una

última ya había manifestado respecto de los apartados 1 y 2 del artículo 46, que eran plenamente aplicables, incluso antes de finalizar su plazo de transposición.

Así pues, desde el 18 de mayo de 2016, se aplica directamente la Directiva 24 y, por lo tanto, la regla general es la división del contrato en lotes, pudiendo limitar los lotes a los que se podrá presentar el licitador o, a los que podrá resultar adjudicatario.

3. ALGUNOS ASPECTOS DEL PROCEDIMIENTO CUANDO SE ESTABLEZCAN LOTES

Una de las finalidades más importantes de la diversificación en lotes del objeto contractual, es la de reducir los requisitos de solvencia para conseguir que haya una mayor concurrencia en la licitación, por ello, el art. 58.3 de la Directiva 24 dispone que la solvencia se aplicará en relación con cada uno de los lotes, si bien, permite al órgano de contratación exigir un determinado volumen de negocios por referencia a grupos de lotes, en el caso de que al adjudicatario le correspondan varios lotes que deban ejecutarse al mismo tiempo.

En este sentido, la JCCA Valencia, en su informe 4/2013 indica que “En conclusión, de conformidad con lo establecido en el TRLCSP y en el RGLCAP puede contratarse en un único procedimiento de licitación una pluralidad de prestaciones de diferentes características, definiendo cada una de ellas con independencia de las demás, mediante su división en lotes susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y de forma que las empresas interesadas,

mención expresa en la normativa comunitaria de posibilidades ya operativas, por no implicar nuevas posibilidades para los poderes adjudicadores, sino únicamente la incorporación técnica en el corpus normativo, o constituir aclaraciones o precisiones del régimen ya vigente...”.



en función de sus condiciones específicas de aptitud y solvencia, puedan presentar sus proposiciones a uno, a varios o a la totalidad de los lotes”.

También podemos mencionar el Acuerdo nº 61/2013, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública (en adelante TARC) de la Comunidad de Madrid, que desestima el recurso interpuesto contra el acuerdo de exclusión de un licitador en el acuerdo marco tramitado para la contratación del suministro de diversos productos sanitarios, en el que se admitía la posibilidad de licitar a uno o varios lotes y la solvencia que se había de acreditar era la cifra exigible correspondiente al lote que se licitara o por la suma resultante del importe de los lotes a los que se ofertaba. La Mesa de contratación, considerado insuficiente el volumen de negocio declarado para la licitación a todos los lotes a los que presentaba oferta, pero suficiente para licitar a algunos de ellos, concedió un plazo para optar por alguno de los lotes; en el plazo concedido no se ejercitó por la empresa la posibilidad de elección sino que se aportó una documentación nueva, que no coincidirá con el criterio de selección elegido por el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas.

La división en lotes permite que cada uno de los lotes pueda ser adjudicado a un licitador distinto, o bien varios o todos al mismo licitador, constituyendo, por tanto, cada lote un contrato independiente.

Como indica la JCCA de la Comunidad de Madrid, en su informe 3/2014, de 10 de julio, las garantías se exigirán individualmente para cada lote, si bien, en el caso de ser adjudicados varios de ellos a un mismo licitador, podrán formalizarse en un mismo documento, a efectos de economía procedimental, pero teniendo en cuenta que constituyen negocios jurídicos independientes.

Indica la citada Junta que siendo que cada lote constituye un contrato independiente, si las ofertas presentadas por un licitador a uno o varios lotes de un contrato han de ser, en su caso, excluidas, ello no presupone la exclusión de las proposiciones presentadas por el mismo licitador a otro u otros lotes del mismo contrato, que puedan estar correctamente formuladas, puesto que constituyen proposiciones y contratos independientes.

En este mismo sentido se ha pronunciado la JCCA de Canarias, en su Informe 5/2005, en el que dispone que “las incidencias que puedan surgir en el procedimiento de adjudicación respecto a la proposición relativa a uno de los lotes, que sólo afecten a dicha proposición, no han de incidir en el contenido y validez de las proposiciones formuladas respecto a los restantes lotes a los que se licita”.

También, la JCCA de Madrid, en su informe 3/2014, establece que en la licitación de un contrato dividido en lotes, el rechazo de la proposición de una empresa a uno o varios de los lotes, por haber presentado variantes no autorizadas, no supone que hayan de ser rechazadas todas las proposiciones presentadas por la misma empresa al resto de los lotes.

Por último, siendo que la división en lotes supone la adjudicación de distintos contratos, la impugnación de uno o varios de ellos, no debe afectar a los demás (Resolución del TACRC 64/2013).

III. DISCRECIONALIDAD DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN:

1. PONDERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA



En la configuración de los lotes, los órganos de contratación deben respetar los principios básicos de la contratación pública recogidos en el artículo 1 TRLCSP, entre ellos, el principio de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos⁹⁰.

El órgano de contratación debe ponderar el principio de eficiencia que supone obtener un resultado al menor coste posible y que sugiere la utilización de las técnicas de racionalización de la contratación pública y la agregación de la demanda para obtener economías de escala (acuerdos marco, sistemas dinámicos de contratación o centrales de compras), con el principio de concurrencia que se encuentra íntimamente relacionado con el de publicidad y permite garantizar la libre competencia, permitiendo la valoración del mayor número de ofertas posibles.

Tal y como indica el TACRC en la resolución nº 218/2016, sobre el fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes, “es el resultado de la ponderación conjunta de unos y otros principios -eficacia y eficiencia en la contratación pública y más concretamente, los aspectos (...) de una parte de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la

90 Una característica básica de estos principios es su transversalidad, es decir, se aplican a todas las fases contractuales, preparación, adjudicación, efectos y extinción; igualmente, los principios se deben aplicar no solo a los contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las Directivas, sino a todos los contratos que se celebren por los órganos de contratación que se encuentran sujetos a las Directivas, y ello, porque es una exigencia de los distintos Tratados de la Unión Europea. Así lo declaró el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas, en la Sentencia de 13 de octubre de 2005, asunto Parquing Brixen GMBH.

competencia, de otra parte-, lo que debe erigirse en pauta para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes”.

Respecto de la relación entre los citados principios, la Directiva 24, en el Considerando 59, advierte que la agregación y la centralización de las compras deben supervisarse para evitar una excesiva concentración de poder adquisitivo, evitar la colusión y proteger la transparencia, la competencia y las posibilidades de acceso al mercado de las PYME.

En este sentido, cabe recordar que el TARC de Aragón, mediante resolución nº 29/2011, consideró que un acuerdo marco era restrictivo de la competencia, concretamente el de servicios postales para la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, sus Organismos Autónomos y demás entes públicos autonómicos y locales adheridos. El Tribunal declaró la invalidez del acuerdo puesto que al ser celebrado el contrato con único proveedor y al tener un ámbito subjetivo excesivamente amplio, la consecuencia era el cierre del mercado público de los servicios postales en Aragón durante cuatro años.

Para prevenir los riesgos de colusión, resultan de interés las pautas dadas por la Comisión Nacional de la Competencia, en la Guía sobre Contratación Pública y Competencia; la primera pauta es que el número de lotes no sea similar al número estimado de participantes, evitándose en todo caso que todos los lotes sean del mismo tamaño; la segunda norma, es que se debe considerar la posibilidad de adicionar contratos con otros organismos adjudicadores, lo puede reducir la previsibilidad de las licitaciones y así dificultar su reparto por parte de las empresas.

2. LA DISCRECIONALIDAD DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN

Respecto de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, la doctrina es unánime en considerar que corresponde al órgano de contratación la decisión motivada sobre la configuración del objeto del contrato, si bien, acompañada de una justificación racional para los lotes escogidos. Así lo ha reiterado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en las resoluciones 138/2012, 143/2012, 187/2012 o 227/2012, entre otras.

Así, en la Resolución nº 214/2013, que analiza un supuesto en el que se debate la conveniencia de realizar otra distribución por lotes de los productos a suministrar (vacunas inactivadas preparadas en cultivos celulares), el TACRC señala que “este Tribunal ha manifestado reiteradamente su respeto a la discrecionalidad del órgano de contratación para elaborar los lotes del contrato de acuerdo con sus necesidades y las funcionalidades que se pretenden cubrir, por lo que no se han acogido pretensiones destinadas a que se elaborasen los lotes del modo pretendido por el recurrente, pues ello sería contrario a la libertad configuradora del órgano de contratación derivada del artículo 86.”

El principio de discrecionalidad técnica, supone que el Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias (resoluciones del TACRC nº 188/2014, 176/2011, 189/2012, entre otras). En este sentido, la resolución nº 159/2012, señalaba que para apreciar la posible existencia de error en la valoración no se

trata de realizar "un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del criterio de adjudicación se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos (resolución de este Tribunal núm. 93/2012)". Se indica que el Tribunal debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que, no se haya incurrido en error material al efectuarla, por lo que se deben respetar los resultados de la valoración efectuada.

Lo que es evidente es que el órgano de contratación debe motivar la configuración del objeto del contrato, como indicó el TACRC en la Resolución nº 227/2012, en la que se estima parcialmente el recurso interpuesto y se compele al órgano de contratación a que "tras el oportuno examen de las necesidades a satisfacer y de la situación actual del mercado en el sector postal dada la forma elegida de plantear el contrato, explicitar en el expediente las razones que hacen necesario o aconsejan, ya sea la prestación del servicio de forma integral sin necesidad de su división en lotes, o bien, de acuerdo con lo previsto en el artículo 86 del TRLCSP, la división del mismo en los lotes que estime convenientes".

En alguna ocasión, los Tribunales han estimado el recurso sobre la división en lotes efectuada por el órgano de contratación, por ejemplo, el TARC de la Comunidad de Madrid, en su resolución nº 104/2015, respecto de un contrato para el suministro del material necesario para la extracción de sangre, muestras



de orina y su trazabilidad, dividido en cuatro lotes, y cuyo valor estimado ascendía a 1.996.214,88 euros. Dispone el Tribunal respecto del lote 1: “En el expediente que nos ocupa consta que el órgano de contratación ha considerado necesario, por razones organizativas y de homogeneidad agrupar los productos descritos en un único lote. Sin embargo, no es esta una razón o motivación suficiente, pues se está obligando a las empresas a licitar por la totalidad de los 18 productos y se constata que hay al menos dos, los números 9 y 18, que no los pueden aportar la mayoría de las empresas y que presentan una especialidad que hace que sean para “usos muy puntuales”, como reconoce el Jefe de Servicio de Análisis Clínicos en su informe, y que motiva su adquisición en cantidades sensiblemente inferiores al resto de productos del lote”. También aduce el Tribunal, que la licitación separada de los dos productos señalados, permite una mayor concurrencia de licitadores que puede redundar en mejores condiciones económicas, lo cual supone una ventaja considerable para el Hospital; por ello, estima el recurso, anulando los pliegos impugnados, respecto del lote 1, disponiendo que deberá licitarse nuevamente, incluyendo los productos con números de orden 9 y 18 en lotes separados.

La Directiva 24 alude al principio de discrecionalidad técnica en el Considerando 78, cuando afirma que “el poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial”. No se entiende muy bien el fundamento del mismo, puesto que como hemos visto, sí que hay una posibilidad de revisión por parte de los Tribunales por falta de motivación o

insuficiencia de la misma, arbitrariedad o discriminación, error material, o por restringir la competencia.

Conviene apuntar que la Directiva 24, en el artículo 5.2, introduce una consideración importante, al exigir que cuando un poder adjudicador esté compuesto por unidades funcionales separadas, se tendrá en cuenta el valor total estimado para todas ellas, salvo que se trate de una unidad funcional separada que sea responsable de manera autónomo respecto de su contratación⁹¹, consideración que se deberá transponer a nuestra legislación.

3. LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN RELACIÓN CON LA DIVISIÓN DEL CONTRATO EN LOTES

La doctrina de los Tribunales de Recursos Contractuales, habida hasta ahora, en relación con la impugnación por la ausencia de lotes o por su determinación incorrecta a criterio del licitador recurrente, siempre parte de lo establecido en el artículo 86.3 del TRLCSP, que configura el fraccionamiento del contrato como una facultad o derecho potestativo que asiste al órgano de contratación, cuyo ejercicio deberá motivarse suficientemente y entraña un indudable componente de discrecionalidad técnica en función de las concretas

91 Al respecto, el Considerando 20 de la Directiva 24 indica que “Puede suponerse que así es cuando la unidad funcional que esté separada del poder adjudicador lleve los procedimientos de contratación y tome las decisiones de compra de manera independiente, disponga de una línea presupuestaria separada para los contratos de que se trate, celebre el contrato de manera independiente y lo financie con cargo a un presupuesto del que dispone. No se justifica una fragmentación cuando el poder adjudicador se limite a organizar una licitación de manera descentralizada”.



circunstancias que en cada caso concurran. Dice el TACRC en su Resolución nº 218/2016 que “en rigor, el fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes viene a constituir una excepción a la regla general que constituye el que puede denominarse sistema integral, esto es, la inclusión de todas las prestaciones en un único contrato sin división de lotes”.

Por ejemplo, el TACRC, en la resolución nº 212/2013, sobre un recurso por la no división del contrato de mediación de seguros, señala que “Esta intención de racionalizar y unificar la contratación con vistas a reducir el gasto público en materia de seguros constituye una finalidad de interés general que justifica suficientemente, a juicio del Tribunal, la decisión discrecional del órgano de contratación de licitar un único contrato de mediación de seguros sin acordar en él la división en lotes pues “la integración de todas las prestaciones de servicios en el contrato tiene también sentido para incrementar su eficacia, la eficiencia en la ejecución de las prestaciones y, a su vez, aprovechar las economías de escala que posibilita dicha integración, en línea con el artículo 1 de la LCSP” (actual TRLCSP), siendo así que “todo ello forma parte de la libre voluntad del órgano de contratación que opta por un sistema integral de contratación” (Resolución nº 188/2011).

La doctrina de los Tribunales de Recursos Contractuales, ha fijado que para elegir entre la integración de las diversas prestaciones en un solo contrato sin división de lotes o el fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes, exige tomar en consideración distintos aspectos como son, principalmente: 1) el incremento de la eficacia que supone la integración de todas las prestaciones en un único contrato sin división del mismo en lotes; 2) la mayor eficiencia y

coordinación en la ejecución de las prestaciones resultante del tratamiento unitario del contrato; 3) el aprovechamiento de las economías de escala que posibilita el hecho de que todas las prestaciones se integren en un único contrato sin división en lotes; y 4) la optimización de la ejecución global del contrato al ser el control de su cumplimiento más efectivo si el contrato se adjudica a una sola empresa y no a varias como podría ocurrir si se estableciesen lotes (entre otras, resolución nº 247/2012 TACRC).

En otra Resolución del TACRC, la nº 149/2012, se analiza el recurso presentado contra el pliego de cláusulas administrativas del contrato para la “Fabricación y distribución mediante el sistema personalizado vía Internet y entregas por el sistema tradicional bien de pedidos extraordinarios del Ejército o bien pedidos de Módulos textiles y de calzado del equipo básico, de los artículos definidos en el documento anexo a los pliegos”, siendo el valor estimado del contrato de 190.677.966,10 euros. Una de las causas de recurso es la necesidad de dividir el contrato en lotes, alegando la recurrente que la gran cantidad de artículos que abarca la licitación hace que no exista ninguna empresa pequeña o mediana que pueda aportar todos los productos objeto del contrato. El Tribunal, desestima las alegaciones indicando, en el fundamento de derecho undécimo, que en el expediente consta el informe justificativo de la necesidad e idoneidad del contrato, en el que se “exponen motivos que justifican la licitación en un solo lote, como pueden ser los de garantizar la continuidad del suministro y estabilidad del servicio unido al horro de costes, así como una mejor gestión de los stock, y el que el propio adjudicatario del contrato pueda realizar una amortización razonable de los medios implantados con el objeto de que la prestación del objeto



del contrato le sea rentable. Todo ello forma parte de la libre voluntad del órgano de contratación que opta por un sistema integral de contratación, con diversidad de artículos, intrínsecamente relacionados, sin perjuicio de que además puedan existir elementos de practicidad, como puede ser, entre los citados por el órgano de contratación, un único interlocutor y un mejor seguimiento, control y coordinación del expediente por parte del órgano de contratación. A estos efectos interesa destacar que, la integración de todos los artículos a suministrar recogidos en el contrato, tiene también sentido para incrementar su eficacia, la eficiencia en la ejecución del suministro y a su vez, aprovechar las economías de escala que posibilita dicha integración, en línea con el artículo 1 del TRLCSP antes transcrito, constituyendo las diversos artículos que forman parte del objeto del contrato, materia de la misma naturaleza...”.

Como vemos, la doctrina examinada partía de un marco jurídico muy distinto al actual, el artículo 86.3 del TRLCSP, que configura el fraccionamiento del contrato como una facultad del órgano de contratación, cuyo ejercicio deberá motivarse suficientemente porque supone una excepción a la regla general de unidad del objeto de contrato. La situación ahora es distinta y diferente, por tanto, ha de ser el planteamiento y resultado de la impugnación que se puedan realizar de los pliegos, por lo que los recursos formulados en la mayoría de los casos, en el marco actual deberían tener un resultado distinto, siempre que estemos hablando de contratos de una cuantía elevada.

Por ejemplo, respecto de la última resolución citada nº 148/2012, en mi opinión, actualmente sería insuficiente la justificación amplia de que con la unidad de contrato se garantiza la continuidad del suministro y estabilidad del servicio, el

ahorro de costes, mejor gestión de los stock, sin un mayor razonamiento y evaluación de costes. Y considero inadmisibile el elemento de practicidad por el hecho de tratar con un único interlocutor, a no ser que se determine por el órgano de contratación un perjuicio concreto. Y ello, porque ahora partimos de que la regla general es la de dividir el contrato en lotes para favorecer el acercamiento de las pymes a las licitaciones, y la exclusión de dicha regla debe estar suficientemente justificada.

El considerando 78 de la Directiva 24⁹², indica, a modo de ejemplo, algunas razones que pueden justificar la decisión de no dividir el contrato en lotes:

- cuando pueda suponer un riesgo de restringir la competencia,
- cuando la ejecución del contrato pueda resultar excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico,

92 En este sentido, el borrador de Anteproyecto de ley de contratos del sector público, de 17 de abril de 2015, que no sabemos si llegará a ver la luz, dispone en el artículo 99.3: “En todo caso se entenderá que son motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, entre otros que el órgano de contratación estime oportunos, los siguientes:

a)El hecho de que, a juicio del órgano de contratación, la división en lotes del objeto del contrato conllevara el riesgo de restringir la competencia. El hecho de que, a juicio del órgano de contratación, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultaran la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes.



-o cuando la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato.

Pienso que los tribunales deben rechazar cualquier justificación genérica en el caso de que no se haya optado por establecer lotes; no basta con indicar “la ejecución del contrato puede resultar excesivamente onerosa”, sino que deberá motivarse el porqué ocasiona un mayor gasto, cuales son las partidas que se incrementan y si ese incremento es relevante.

Es difícil pensar en un supuesto en de que la división en lotes pueda restringir la competencia, puesto que lo normal será el caso contrario.

Respecto de la afirmación de que la coordinación de los diferentes contratistas puede suponer un riesgo para la ejecución del contrato, es evidente que para un técnico es más fácil supervisar la ejecución del contrato teniendo como interlocutor a una única empresa, por ello, habría que justificar los motivos “graves” que concurren, los prejuicios concretos que produce, para no aplicar la regla general de no división del contrato.

En cualquier caso, en virtud del principio de discrecionalidad técnica del órgano de contratación para configurar el objeto del contrato, podemos encontrarnos en un futuro con que un mismo contrato (servicio de limpieza, vigilancia de inmuebles, mantenimiento de estaciones depuradoras, etc.) en las distintas administraciones públicas, incluso en administraciones locales de tamaño similar, se esté licitando con carácter integral o con lotes, dependiendo del criterio técnico y de la suficiencia de la justificación que se haya utilizado en la determinación del objeto del contrato.

IV.- LIMITACIÓN DEL NÚMERO DE LOTES A LOS QUE UN OPERADOR ECONÓMICO PUEDE LICITAR O SER ADJUDICATARIO:

1. LIMITACIÓN DEL NÚMERO DE LOTES

Sobre la posibilidad de que los contratistas puedan únicamente licitar o resultar adjudicatarios de un único lote o de varios, la Abogacía General del Estado (AGE), mediante Dictamen nº 69/2006, de 28 de julio, se pronunció en el sentido de que se podía limitar la posibilidad de licitar a uno o varios lotes al amparo del artículo 67 del Reglamento General de Contratación de las Administraciones Públicas (RGCAP), si así se indicaba en los pliegos y en el correspondiente anuncio de licitación, de forma que todos los empresarios interesados pudieran conocer, desde el principio, la existencia de dichas limitaciones y presentar un máximo de propuestas ajustado a lo dispuesto en los pliegos. Sin embargo, la AGE consideró que el establecimiento de requisitos o condiciones que impidan a los empresarios admitidos a la licitación resultar adjudicatarios de más de un lote, implicaría desechar proposiciones válidamente presentadas y admitidas a licitación (que ya han acreditado cumplir los requisitos exigidos en materia de capacidad de obrar, solvencia económica, financiera y técnica o profesional), lo que no viene amparado en la normativa de contratación y supone una restricción a los principios generales de la contratación legalmente previstos, concluyendo que dicha posibilidad no resulta admisible.

Se dispone en el citado dictamen “En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67 del RGCAP, la Administración o entidad contratante



podrá limitar la posibilidad de licitar a uno o varios lotes, pero cuando admita la licitación respecto a varios lotes o a todos ellos, la adjudicación de los mismos deberá producirse a favor de aquellos empresarios que, admitidos a licitación, presenten la oferta más ventajosa de acuerdo con los criterios de valoración establecidos en los pliegos, pudiendo en tal caso (admisión de la licitación respecto a varios lotes) producirse el resultado de que sean adjudicados varios lotes al mismo empresario”.

Esta doctrina es superada por la Directiva 24, al disponer en el art. 46, que los poderes adjudicadores podrán decidir el tamaño y el objeto de los lotes y precisarán, en el anuncio de licitación o en la invitación, si las ofertas pueden presentarse para uno, varios o todos los lotes, así como los criterios objetivos y no discriminatorios a aplicar para determinar qué lotes serán adjudicados, en caso de que la aplicación de los criterios de adjudicación pueda dar lugar a que a un solo licitador se le adjudique un número de lotes superior al máximo indicado.

Así pues, tras la aplicación directa de la Directiva 24, es posible limitar la adjudicación de varios lotes a aquellos licitadores ya admitidos en el procedimiento. En este sentido, la Secretaría técnica de la JCCA de la Generalitat de Cataluña, entendía que dicha limitación ya era posible anteriormente. En la Nota informativa 2/2014, indicó que las previsiones de la Directiva 24, “no hacen sino confirmar la viabilidad jurídica y la conformidad a derecho comunitario de las posibilidades que, en relación con la división del objeto de los contratos en lotes, ya se dan en la actualidad...”, entendiendo que la posibilidad de dividir el contrato en lotes y la de limitar el número de lotes de los que las empresas podían resultar adjudicatarias, eran operativas antes de la fecha de finalización del plazo de

transposición de la Directiva 24, y ello, porque no contravenían el régimen jurídico vigente.

La JCCA de la Generalitat de Cataluña, en la citada Nota informativa 2/2014, establece una serie de aspectos o criterios a tener en cuenta para adjudicar los lotes, en el caso de que las ofertas presentadas por una misma empresa licitadora sean las mejor puntuadas en un número de lotes superior al máximo permitido y que aquellos deberán figurar en los pliegos o documentos que rijan las licitaciones. Por su gran interés, se extractan dichos criterios:

-Con el objetivo de adjudicar cada uno de los lotes a la mejor oferta posible, se podrá establecer que la empresa sea adjudicataria de los lotes en que ha obtenido mejor puntuación en relación con la obtenida por el resto de ofertas presentadas.

-Con la finalidad de que no queden lotes desiertos, se podrá fijar que la empresa resultará adjudicataria, en todo caso, de los lotes en que su oferta sea la única aceptable.

-Para conseguir la viabilidad económica del contrato, se puede prever la obligatoriedad de que las empresas licitadoras presenten oferta para diversos lotes, juntando aquellos que sean los más y los menos rentables vistas las características o dimensiones del ámbito geográfico que abarcan, así como que la adjudicación de estos lotes recaiga sobre la mejor oferta globalmente considerada, es decir, del conjunto de estos lotes.

-Con el objetivo de mantener la viabilidad técnica de la ejecución del contrato, al igual que en el supuesto anterior, se podrá prever tanto la obligación de las empresas licitadoras de presentar oferta en todos los lotes en los que



existan motivos de incompatibilidad o de dificultad técnica de uso o de mantenimiento, así como la adjudicación de éstos a la empresa adjudicataria que presente la mejor oferta globalmente considerada, es decir, del conjunto de estos lotes.

-También podrá atenderse a la preferencia manifestada por las empresas licitadoras en sus ofertas.

-En el caso de la empresa que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa no resulte adjudicataria como consecuencia de la limitación del número de lotes de los que pueda resultar adjudicataria, podrá preverse las consecuencias en relación con la valoración del resto de ofertas presentadas para aquel lote y/o con su determinación de incursión en presunción de temeridad. O también, se podrá determinar posibles modificaciones en la clasificación de las ofertas de cada lote derivadas de aquella limitación.

2. COMBINACIÓN DE LOTES

El artículo 46.3 de la Directiva 24, permite a los Estados miembros establecer que, en caso de que pueda adjudicarse más de un lote al mismo licitador, los poderes adjudicadores estén facultados para adjudicar contratos que combinen varios lotes o todos los lotes, siempre que dicha posibilidad se haya contemplado en el anuncio de licitación o en la invitación y se hayan indicado los lotes o grupos de lotes que puedan combinarse.

La justificación de la posibilidad de combinar lotes viene reflejada en el Considerando 79, se trata de poder evitar la adjudicación del contrato lote por lote, cuando ello suponga tener que aceptar soluciones bastante menos

ventajosas respecto de una adjudicación que reúna varios o todos los lotes. Será requisito previo para utilizar la técnica de la combinación de lotes, que se haya indicado claramente en el anuncio de licitación o en la invitación ésta posibilidad, lo que permitirá que los poderes adjudicadores puedan efectuar una evaluación comparativa de las ofertas para determinar si las ofertas presentadas para una combinación de lotes, cumplirían mejor, en conjunto, los criterios de adjudicación establecidos, que las ofertas realizadas para los lotes separados, consideradas aisladamente y, en ese caso, poder adjudicar el contrato con la combinación los lotes. Para realizar dicha evaluación comparativa primero hay que determinar qué ofertas cumplen mejor los criterios de adjudicación establecidos con respecto a cada lote separado y después, comparar el resultado con las ofertas presentadas por un licitador concreto para una combinación específica de lotes considerados en su conjunto.

El concepto de oferta integradora no aparece en la normativa contractual⁹³, pero sí viene mencionado en el artículo 5 del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, por el que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicación, donde figura la posibilidad de establecer lotes separados para aquellos servicios que por sus características lo permitan, así como la posibilidad de presentar también ofertas integradoras de varios o de todos los lotes licitados.

El concepto y requisitos para la admisión de una oferta integradora ha sido objeto de estudio por parte de la JCCA de Aragón, en su Informe 11/2013, de 22

93 Sí que se hace alusión a la oferta integradora en art. 99.7 del borrador de Anteproyecto de ley de contratos del sector público, de 17 de abril de 2015.



de mayo de 2013, donde la define como “aquella que permite presentar una proposición simultánea a varios o a todos los lotes licitados -según se establezca en el pliego- de modo que se permita seleccionar la mejor oferta (individualmente o integrada), incorporando un elemento de comparación real y objetivo”.

Respecto de la naturaleza jurídica de la oferta integradora, indica la Junta Consultiva citada, que tiene mucho en común con los conceptos de variante y mejora, que constituyen una excepción a la imposibilidad de presentación de proposiciones simultáneas por el mismo licitador (art. 147 TRLCSP), si bien, el concepto de “oferta integradora” no coincide con el de variante al no suponer una solución técnica alternativa, ni con el concepto de mejora, al no incorporar prestaciones adicionales a una oferta base. En realidad se trata de una reformulación de la proposición económica, que posibilita una revalorización de la oferta aplicando los criterios de valoración, que han de ser idénticos a los que se apliquen a las ofertas individualmente consideradas, para poder realizar una comparación objetiva. También se dice que es posible contemplar la oferta integradora en la licitación de otros contratos distintos al de servicios de telecomunicaciones, en los términos del artículo 147 TRLCSP.

La JCCA de Aragón, enumera los requisitos exigidos por la ley para la presentación de la oferta integradora, que derivan de la aplicación del principio de igualdad de trato a los licitadores. Por su interés, se extractan a continuación:

-que se autorice su presentación por el órgano de contratación, previa justificación en el expediente de la idoneidad y ventajas que conlleva para el interés público;

-
- que estén previstas expresamente en el pliego y en los anuncios, detallando con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación;
 - que se utilicen varios criterios de adjudicación (tal y como exige el artículo 147 TRLCSP para la presentación de variantes o mejoras);
 - que los requisitos técnicos exigidos en los pliegos para cada lote sean de obligado cumplimiento por las ofertas integradoras;
 - que su presentación sea siempre potestativa para los licitadores, para no vulnerar el principio de defensa de la competencia, que quiere preservarse mediante la división en lotes del objeto del contrato;
 - que el licitador que presente una oferta integradora, presente necesariamente una oferta individual válida a cada uno de los lotes que integren aquella⁹⁴;
 - que cada licitador solo pueda presentar una oferta integradora;
 - que los criterios de adjudicación que se apliquen sean idénticos para valorar los lotes individualmente considerados y los lotes integrados en la oferta conjunta;
 - que se identifique en el pliego sobre qué criterios se permite la presentación de una oferta integradora;

94 En este sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución nº 817/2014, señala que no es posible concurrir a la licitación “sin formular oferta separadamente para cada uno de los lotes individualizados porque tal circunstancia impide con claridad conocer el contenido de la oferta, e impide, asimismo, la comparación con el resto de licitadores y, por ende, la selección de la oferta más ventajosa. Hay que entender, por tanto, continúa el informe, que la oferta general o integradora debe permitir la presentación de una oferta simultánea a varios o a todos los lotes licitados de modo que se permita seleccionar la mejor oferta (individualmente o integrada), incorporando un elemento de comparación real y objetivo”.



-que el pliego contenga la ponderación asignada a cada lote según su importancia relativa, de modo que se posibilite la comparación objetiva;

-que para que el contrato se adjudique a una oferta integradora, su valoración sea más ventajosa que la suma ponderada de las mejores ofertas individualmente consideradas y, en todo caso, deberá igualar o mejorar individualmente la puntuación obtenida en cada uno de los lotes integrados a la obtenida por la oferta individual presentada por el mismo licitador.

La posibilidad de formular ofertas integradoras también ha sido reconocida por el TRCRC, así, en su informe 817/2014, como ya hizo en su resolución 155/2013, señala dicha posibilidad en aquellos contratos divididos por lotes puesto que no lo prohíbe ni el artículo 86 del TRLCSP, ni el 67 del RGLCAP y señala que “tal posibilidad, en todo caso, queda condicionada a lo que se pueda indicar en los pliegos al respecto, y, en caso de duda u oscuridad, al hecho de que pueda resultar comparable la oferta integradora con el resto de las presentadas a efectos de su Ponderación”.

V. LA GESTIÓN INTEGRAL DE SERVICIOS

El artículo 25 TRLCSP establece que solo podrán fusionarse prestaciones que se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad, que exijan su consideración como una unidad funcional.

En sentido estricto, el contrato cuyo objeto comprende el propio de varios contratos de servicios, no es en puridad un contrato mixto. Ahora bien, ello no puede significar que la posibilidad de fusionar prestaciones de varios contratos

pertenecientes a un mismo tipo contractual esté exenta de los límites que establece el artículo 25.2 del TRLCSP para los contratos mixtos.

Veamos distintos pronunciamientos de los TARC en relación con la gestión integral de servicios, en los que se considera que no es posible fusionar las prestaciones que se pretenden:

- El acuerdo 262/2014, respecto del “Servicio de Gestión Integral de Espacios del Complejo Hospitalario Universitario de Orense” con un valor estimado de 225.348.565,05, declara la nulidad del pliego de cláusulas administrativas que abarcaba los siguientes servicios: mantenimiento, limpieza, desinsectación y desratización, seguridad y vigilancia, y suministro energético prestacional porque las prestaciones contenidas en este contrato no son prestaciones vinculadas materialmente entre sí ni existe respecto de ellas una relación de complementariedad que las configure como una unidad funcional, con la clara restricción al principio de concurrencia que ello supondría⁹⁵.

-El acuerdo nº 243/2014, del TARC de la Junta de Andalucía, respecto del contrato para la gestión integral por un solo empresario de los servicios complementarios de los siete hospitales de la Agencia Pública Sanitaria, de modo que se aglutinan en un solo contrato, todas las prestaciones ajenas a la atención

⁹⁵ En esta resolución, cita la nº 346/2013, en la que, en relación con la correcta interpretación del artículo 25.2 del TRLCSP, se indicó lo siguiente: “No basta, a estos efectos, el que el órgano de contratación haya sostenido la existencia de vínculos y de relaciones de complementariedad y funcionales sobre la base de la posible existencia de sinergias entre todas ellas. Este Tribunal no considera necesario siquiera determinar si es el órgano de contratación o los recurrentes quienes tienen razón acerca de si realmente existen o no sinergias respecto de las distintas prestaciones que puedan constituir el contrato. Entendemos que no es necesario porque las exigencias establecidas en el artículo 25.2 deben analizarse en términos jurídicos y no económicos o de oportunidad”.



sanitaria, a saber, la vigilancia y seguridad, centralita, información y atención al público, lavandería, costura y reposición de ropa, mantenimiento integral de instalaciones, limpieza hospitalaria, jardinería y desratización, desinsectación y desinfección. El Tribunal no ve que haya una justificación racional ni suficiente para su acumulación en un solo contrato, porque falta la afinidad objetiva y además, no se acomoda a las orientaciones de la normativa y jurisprudencia comunitarias, cada vez más sensibles al mayor acceso de las pymes a la contratación pública.

Sin embargo, en otras ocasiones, el Tribunal ha optado por admitir la fusión de varias prestaciones en un macro-contrato:

-El acuerdo 520/2014, del TARC de les Illes Balears, sobre el "Servicio público para la recogida de residuos sólidos urbanos y selectiva y para la limpieza viaria y de las playas del municipio de Eivissa", citando la resolución nº 149/2014, estima que la recogida de residuos sólidos urbanos y la limpieza viaria tienen para el Ayuntamiento una conexión material patente, que no se limita a ser meramente subjetiva. "Es cierto que pueden existir algunos elementos diferenciadores entre ambas prestaciones, pero ello es lógico porque, de lo contrario, las prestaciones tendrían que ser idénticas para poder fusionarse en un contrato mixto. Evidentemente es posible fusionar prestaciones diferentes, siempre que exista una conexión material como ocurre en el presente caso."

-El acuerdo nº 149/2014, del TARC de Castilla la Mancha, ve claro que la recogida de residuos sólidos urbanos y la limpieza viaria tienen para el Ayuntamiento una conexión material patente, que no se limita a ser meramente subjetiva.

Creo que también esta fusión de contratos debe ser reinterpretada a la luz de la Directiva 24. Si se fomenta la división de los grandes contratos en lotes, de forma que la cuantía de cada contrato se ajuste mejor a la capacidad de las PYME, o de manera que los lotes se correspondan con los diferentes gremios implicados de las PYME, con mayor motivo habrá que ser más restrictivo con la admisión de la acumulación de prestaciones en un único contrato, exigiendo una justificación técnica que vaya mucho más allá que la relación material existente entre las prestaciones, debiendo prevalecer el mayor acceso de las pymes a la contratación pública.

VI. CONCLUSIONES

La aplicación de la vigente Directiva sobre contratación pública pretende adaptar la contratación pública a las circunstancias de las pymes, fomentando la división de los grandes contratos en lotes, tanto de forma cuantitativa como cualitativa, reduciendo así la solvencia a justificar y la complejidad técnica que asume la empresa.

Desde el día 18 de abril, nos encontramos ante un escenario jurídico muy distinto al anterior, ahora, al contrario de lo que dispone la legislación española, la regla general es la dividir el contrato en lotes y habrá que justificar los motivos de no hacerlo. La configuración del objeto del contrato dependerá de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, pero la fiscalización de tribunales administrativos y judiciales ha de tener un papel fundamental, puesto que sin sustituir la valoración técnica, debe entrar a valorar la falta de motivación



o insuficiencia de la misma, la arbitrariedad o discriminación, la existencia de error material o la restricción de la competencia, de aquellas razones aducidas por el órgano de contratación para no dividir el contrato en lotes.

En este sentido, creo que los tribunales deben rechazar cualquier justificación genérica en el caso de que no se haya optado por establecer lotes, y exigir un detalle técnico y/o económico del contrato en concreto que justifique tal decisión. Y ello, sin perjuicio de poder establecer ofertas integradoras de varios lotes, que permitan a los poderes adjudicadores hacer una evaluación comparativa de aquellas con las ofertas individuales.

En aplicación del principio de concurrencia y de la voluntad del legislador comunitario de favorecer la participación de las pymes en los contratos públicos, la posibilidad de acumular prestaciones en un único contrato, debe ser aplicada de forma muy restrictiva, y ampliamente justificada.

Bibliografía:

-AGUDO GONZALEZ, JORGE, “El fraccionamiento de los Contratos: Invalidez y Fraude de Ley”, en la Revista de Estudios Locales “Cuestiones teóricas y prácticas sobre la contratación pública local”, Coordinado por Jesús Colás Tenas y Silvia Díez Sastre, nº 161, págs. 147-181.

-BATET JIMENEZ, MARIA PILAR, “Reflexiones sobre el fraccionamiento indebido de los contratos” en www.obcp.es

-
- BLANCO LÓPEZ, FRANCISCO, “División del objeto contractual en lotes. Delimitación de los lotes a los que se puede licitar y de los que se puede resultar adjudicatario. Medidas a favor de las PYME”, en www.obcp.es
- GALLEGO CORCOLES, ISABEL, “Contratación del Sector Público Local”, 3ª ed., Libro colectivo coordinado por Castro Abella, F., Wolters Kluwer España, S.A., 2013, págs. 576 y ss.
- GIMENO FELIU, JOSÉ MARÍA, “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos públicos. La Directiva de concesiones”, en www.obcp.es
- MORENO MOLINA, JOSE ANTONIO, “La decisiva influencia del derecho comunitario en la Ley 30/2007, de contratos del sector público”, en el libro “Estudios sobre la Ley de contratos del sector público”, coordinado por Jesús Colas Tenas y Manuel Medina Guerrero, ed. Fundación Democracia y Gobierno Local e Institución Fernándo el Católico, 2009, págs.11-36.
- MUÑOZ ZAPATA, DAVID, “La división del contrato en lotes tras la aprobación de la cuarta generación de Directivas”, en la Revista: “Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas”, nº 136, 2015, págs. 42-63.



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 6
Junio 2016
www.gabilex.jccm.es

" LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE Y SU REFLEJO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA "

D^a. María Belén López Donaire

Letrada Coordinadora de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Fecha de finalización del trabajo: abril 2016

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LAS DIRECTIVAS EUROPEAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA ADOPCIÓN DE LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE
- III. LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE COMO HERRAMIENTA DE LA ADMINISTRACIÓN PARA LUCHAR CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN
- IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

La Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, introdujo en España por primera vez la



responsabilidad penal directa de las personas jurídicas por los actos cometidos por sus directivos y personas sometidas a la autoridad de éstos, en el ejercicio de la actividad empresarial y en su provecho.

La modificación legal más relevante consistió en la abolición de nuestro ordenamiento jurídico penal del viejo aforismo romano *societas delinquere non potest*, según el cual una persona jurídica no podía cometer delitos⁹⁶.

Con ello, la reforma convierte a las personas jurídicas en sujetos inmediatos del Derecho Penal susceptibles de cometer delitos, al margen de las concretas personas físicas que las integren, y de ser por ello sancionadas con auténticas penas.

El artículo 31 bis del Código Penal establece que cualquier persona jurídica, incluidas las Sociedades mercantiles Estatales, pueden ser sujetos responsables⁹⁷.

⁹⁶ Veáse GIMENO BEVIA, J: “El proceso penal de las personas jurídicas”, ed. Aranzadi. 2014

⁹⁷ Se excluyen expresamente de esta nueva responsabilidad penal:

- Estado.

- Administraciones Públicas territoriales o institucionales.

- Organismos Reguladores.

- Agencias y Entidades Públicas Empresariales.

- Organizaciones internacionales de derecho público.

- Otras personas jurídicas que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

- Salvo que cualquiera de las anteriores hubiera sido creada con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

Aunque inicialmente los partidos políticos y los sindicatos se encontraban incluidos en la relación de personas jurídicas excluidas, tras la reforma operada por L.O. 7/2012, de 27 de

A raíz de este gran cambio, empezaron a calar en la sociedad y sobre todo en el ámbito empresarial, los conceptos “compliance”, “cumplimiento normativo” o “sistemas de cumplimiento”, si bien su expansión y desarrollo se ha alcanzado con la reforma del Código penal de 2015 mediante Ley Orgánica 1/2015 con entrada en vigor el 1 de julio del citado año que pretende poner fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, identificando exactamente y clarificando lo que debe incorporar un correcto sistema de debido control o prevención de delito en la empresa.

Así, el “debido control” para la prevención de delitos en la empresa, deberá conllevar:

- a) El establecimiento por el órgano de administración, de un modelo de organización y gestión que incluya las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos.
- b) La creación de un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control para la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado.
- c) La identificación, mapa de riesgos delictuales, de las actividades de la empresa en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
- d) La implantación de protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

diciembre, se elimina dicha exclusión, por lo que los partidos políticos y sindicatos pueden ser ya sujetos penalmente responsables.



-
- e) La puesta en funcionamiento de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
 - f) La obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención, canales de whistleblowing.
 - g) El establecimiento de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
 - h) Y la verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

En el año 2015 y principios de 2016 se han producido determinados acontecimientos que han supuesto un punto de inflexión en el desarrollo de la materia, en cuanto aclaran dudas relevantes en relación a la idoneidad y eficacia de los Sistemas de Compliance y el ámbito subjetivo que deben abarcar. A la citada Ley Orgánica 1/2015 debemos añadir la Norma UNE-ISO 19600 de Sistemas de Gestión de Compliance, la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas o las sentencias del Tribunal Supremo de la sala segunda de 29 de febrero y 16 de marzo de 2016 de los ponentes Jose Manuel Maza⁹⁸ y Manuel Marchena.

⁹⁸ El fallo del Tribunal Supremo ofrece por primera vez una interpretación judicial sobre las pautas a seguir por empresas e instituciones en materia de cumplimiento normativo si quieren evitar ser condenadas.

Y es que los asuntos relacionados con el cumplimiento normativo tienen un gran impacto reputacional para las personas jurídicas, ya que está muy vinculado al cumplimiento de normas, pero también a la manera de operar en los mercados conforme a criterios éticos y de responsabilidad social corporativa.

El modelo de compliance busca incentivar la autorregulación de las personas jurídicas para evitar que en su seno se intenten conseguir los objetivos sociales mediante la realización de actos delictivos. A tal efecto, la persona jurídica tiene encomendados unos deberes de supervisión, vigilancia y control (artículo 31 bis.1, 2 y 4 del Código Penal) cuya infracción puede determinar consecuencias jurídico-penales.⁹⁹

Dicho modelo se convierte de forma unívoca en el instrumento válido para que la persona jurídica pueda acreditar el ejercicio de las tareas de supervisión y control encomendadas, quedando exenta de responsabilidad penal o, al menos, atenuando la misma.

Aborda por primera vez, y en profundidad, la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En su sentencia, el Pleno de la Sala de lo Penal confirma las condenas impuestas por la Audiencia Nacional a tres empresas por su participación en delitos contra la salud pública, en concreto en el tráfico de más de 6.000 kilos de cocaína escondida en maquinaria objeto de importación y exportación entre España y Venezuela.

⁹⁹ DOPICO, “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, en AAVV, Memento Penal 2016.



Dando un paso más, la eficacia de estos modelos no queda reducida al ámbito penal sino que son reflejo de una nueva cultura de cumplimiento y ética empresarial que abarca a todas las actividades de la persona jurídica. Prueba de ello, son algunos de los ejemplos siguientes:

1. Inclusión de cláusulas contractuales relacionadas con los programas de cumplimiento. Cada vez más empresas exigen a sus proveedores y subcontratistas que tengan implementados sistemas de cumplimiento en el desarrollo de su actividad antes de contratar, que se adhieran a los propios de la empresa solicitante del servicio o, al menos, los respeten en el desarrollo de la relación de negocio.

La responsabilidad penal de las empresas, como personas jurídicas, afecta no sólo a los delitos que se cometan en el seno de su organización, sino también a los que puedan cometer terceros como proveedores, subcontratas o autónomos que presten sus servicios a la compañía.

Así lo prevé el Código Penal, que exige deberes de supervisión, vigilancia y control sobre todos aquellos que puedan estar sometidos a la autoridad de los responsables de la compañía, como puede suceder cuando se encarga un determinado servicio a otra firma. Eso sí, para que se considere que la empresa es responsable, ese delito tiene que haberle reportado algún beneficio, ya sea de forma directa o indirecta.

Este tipo de cláusulas deberían ser analizadas antes de la contratación, sobre todo si tenemos en cuenta que la exigencia puede llegar a ser muy exhaustiva y significar la asunción de compromisos en materias muy variadas y poco definidas relacionadas, por ejemplo, con la corrupción, política de regalos, medio ambiente o seguridad y salud.

2. Cláusulas sobre la obligatoriedad de disponer de modelos eficaces de prevención de riesgos para constituir una UTE o joint ventures. Las empresas, en el panorama actual, deben ser conscientes de que esta forma colaborativa de emprender negocios puede suponer un riesgo en materia de compliance que requiere un análisis detallado de su socio.

En este sentido, es cada vez más frecuente la mutua exigencia de acreditar la implantación de protocolos de prevención de delitos y catálogo de conductas prohibidas, como requisito previo a la asociación. Huelga decir que ha de extremarse el cuidado a la hora de asumir el compromiso de respetar un programa de prevención de delitos o manual ajeno a la compañía.

3. Operaciones de compra o fusiones. Cada vez son más las empresas, sobre todo desde la posición de comprador, que exigen la inclusión en este tipo de operaciones de cláusulas de exoneración en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, de las que deberían responder, en caso de afloramiento, ya que este tipo de responsabilidad se transmite a la compañía adquirente y puede



conllevar desde importantes multas a la suspensión de actividades o intervención, entre otras.

Dicho lo anterior, cada vez más debe prestarse mayor atención en los contratos de adquisición o venta de empresas y plantearse cuáles son las implicaciones asociadas a las cláusulas existentes en relación al compliance, como variable a tener en cuenta para el éxito de cada operación.

4. Contratación Pública. El 26 de febrero de 2014 el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron tres nuevas Directivas 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; 2014/24/UE, sobre contratación pública y 2014/25/UE, relativa a la contratación que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales que venían a sustituir a aquellas de 2004, otorgando a los Estados miembros un plazo máximo de dos años para la trasposición a sus respectivos Derechos, periodo temporal que ha concluido el pasado 18 de abril.

En el caso de España, a pesar de haber iniciado los trámites para su implementación, aprobando incluso dos Anteproyectos de Ley, la paralización del Parlamento a resultas de las últimas Elecciones Generales celebradas el 20 de diciembre de 2015, ha impedido la aprobación definitiva de las normas de

trasposición dentro del plazo concedido por Europa, lo que inexcusablemente ha traído para nuestro país importantes consecuencias¹⁰⁰.

Las Directivas de 2014 exigen, en parecidos términos, que los licitadores demuestren la implementación de programas eficaces de compliance con el objetivo de prevenir y luchar contra la corrupción, las actividades delictivas y las distorsiones de la competencia. Además prevén que estos programas servirán para evitar, bajo determinados requisitos, la aplicación de las prohibiciones de contratar previstas, que en otro caso operarían de manera automática.

Estos son sólo algunos de los ejemplos más significativos que demuestran que el compliance está impregnado cada vez más en la actividad económica.

Las Administraciones Públicas deben fomentar e impulsar la autorregulación de las empresas privadas, ya que como veremos a continuación, la adopción de programas de compliance tiene su reflejo en el ámbito de la contratación pública.

No obstante, también sería deseable, como señala NIETO MARTÍN que las Administraciones Públicas adoptaran en su seno medidas de prevención eficaces,

¹⁰⁰ Dos de esas consecuencias tienen un contenido fundamentalmente económico. La primera, dado que España ha vulnerado el plazo máximo de transposición, implica la imposición por parte de la Comisión Europea de multas coercitivas -no pequeñas, por cierto- hasta que se dé curso a la incumplida obligación. La segunda supone que los particulares perjudicados por la no trasposición de las Directivas podrán solicitar la indemnización de los daños y perjuicios derivados de tal situación, reclamación que, en el caso de España, habrá de articularse vía responsabilidad patrimonial.

inspirado en los programas de compliance de las empresas privadas, lo que él denomina *public compliance* para detectar o mitigar los riesgos no sólo desde el ámbito penal¹⁰¹.

El compliance por tanto no es una moda pasajera sino que es una nueva cultura de cumplimiento que está arraigando en nuestra sociedad.

II. LAS DIRECTIVAS EUROPEAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA ADOPCIÓN DE LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE

Como hemos anticipado más arriba, la Directiva 2014/24/UE en materia de contratación, incorporó una importante novedad en temas de compliance penal pues reconocen determinados efectos a las personas jurídicas que se hayan dotado de programas de compliance.

Según el considerando 100 *“No deben adjudicarse contratos públicos a operadores económicos que hayan participado en una organización delictiva o hayan sido declarados culpables de corrupción o fraude contra los intereses financieros de la Unión, de delitos terroristas, de blanqueo de dinero o de financiación del terrorismo. El impago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social también debe ser sancionado con la exclusión obligatoria a nivel de la Unión.”*

¹⁰¹Para más información véase NIETO MARTÍN, A: “Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos”. Ed. Tirant lo Blanc, 2014.

Por tanto ya del texto del considerando se observa la cautela que deben tener las Administraciones Públicas a la hora de seleccionar y relacionarse con operadores económicos, incentivando por tanto a que éstos implanten programas de compliance si quieren obtener determinados beneficios. Siguiendo a GÓMEZ JARA “la Administración Pública sólo debe contratar con buenos ciudadanos corporativos (Good Corporate Citizens)”¹⁰².

El artículo 57.6 de la Directiva 2014/24 dispone:

“Todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación.

A tal efecto, el operador económico deberá demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las

¹⁰² GÓMEZ-JARA DIEZ, C: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y contratación pública. A propósito de la nueva Directiva europea sobre contratación pública”. Diario La Ley, Nº 8423, Sección Tribuna, 18 de Noviembre de 2014, Año XXXV, Ref. D-385, Editorial LA LEY, p 2.



autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas.

Las medidas adoptadas por los operadores económicos se evaluarán teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o la falta. Cuando las medidas se consideren insuficientes, el operador económico recibirá una motivación de dicha decisión.

Los operadores económicos que hayan sido excluidos por sentencia firme de la participación en procedimientos de contratación o de adjudicación de concesiones no tendrán derecho a acogerse a la posibilidad prevista en el presente apartado durante el período de exclusión resultante de dicha sentencia en el Estado miembro en el que la sentencia sea ejecutiva”.

Es decir, las empresas que se hallen incursas en prohibición para licitar o contratar con la Administración por haber sido condenadas mediante sentencia firme por los delitos de participación en organización delictiva, corrupción, fraude, delito de terrorismo o ligado a actividades terroristas, blanqueo de capitales o financiación del terrorismo o trabajo infantil, pueden ser exoneradas de tal prohibición si demuestran haber implantado “medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas” en su organización empresarial.

El texto de la Directiva se asemeja mucho al del Código Penal vigente en cuanto a atenuación de responsabilidad por conductas de; resarcimiento de daños y perjuicios, colaboración al esclarecimiento de los hechos delictivos e implementación de programas eficaces de prevención de delitos. La Ley de Contratos del Sector Público (LCSP 2011) dispone la prohibición de contratar por condenas por delitos.

Por un lado, surge un derecho a no ser excluido del procedimiento de contratación puesto que el licitador tiene derecho a defenderse de la exclusión automática por incurrir en prohibición de contratar mediante la presentación de las medidas adoptadas y por otro lado, sirve de incentivo a los licitadores para que adopten programas de compliance.

Debe tenerse en cuenta que la Directiva no determina quién es el órgano o persona competente para analizar si se dan los requisitos exigidos en el licitador para eludir la prohibición de contratar en la que esté incurso, pues, deja a los Estados miembros libertad para determinarlo. En sus Considerandos, las Directivas indican al respecto que los Estados miembros *“han de poder decidir si desean dejar que sean los poderes adjudicadores particulares los que realicen las evaluaciones pertinentes o si prefieren confiar dicho cometido a otras autoridades a un nivel centralizado o descentralizado”*.

No obstante, dado que la Directiva no ha sido transpuesta en plazo, consideramos que es el órgano de contratación quien evaluará los programas de Compliance y



que por tanto aceptará o denegará motivadamente la suficiencia de las medidas incluidas en aquellos.

Ante este nuevo panorama que se abre en la contratación, debe la Administración realizar un importante esfuerzo e invertir en formación de los miembros de los órganos de contratación en materia de Compliance pues de lo contrario dejar la decisión sobre la validez o contenido de los programas de compliance, en manos de aquellos órganos que no tengan experiencia ni formación en temas penales o ética pública, puede llevar a resultados contradictorios y crear verdadera inseguridad jurídica. Además, sería conveniente que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa hiciese unas recomendaciones en colaboración con las Juntas Consultivas Autonómicas, extendiendo a todo el territorio nacional los efectos de las decisiones que adopten dichos órganos autonómicos sobre esta cuestión.

Debemos recordar que la mayoría de las prohibiciones de contratar que recogen las Directivas ya estaban contenidas en el artículo 60 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

A través de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público se han incorporado determinados preceptos de las Directivas citadas en el

Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público sobre la nueva regulación de las prohibiciones de contratar¹⁰³.

Desde el día 18 de abril de 2016, el artículo 57.6 de la Directiva tiene efecto directo, en cuanto concede claramente un derecho adicional a los licitadores frente a los poderes públicos para poder acceder a los procedimientos.

El efecto directo se produce cuando las Directivas no han sido incorporadas en plazo al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro de la Unión Europea a través de las normas internas correspondientes y, por tanto, pueden ser invocadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales, debiendo incluso

¹⁰³ La entrada en vigor de la Ley 40/2015 se difiere hasta el 2 de octubre de 2016 pero las modificaciones introducidas en materia de contratos entraron en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE, es decir, el 22 de octubre, con la salvedad de la Oficina Nacional de Evaluación que entrará en vigor el 2 de abril de 2016.

Las modificaciones del TRLCSP introducidas por la citada ley en su disposición final novena, se engloban en tres aspectos: a) Prohibiciones de contratar. Se modifican los artículos 60, y 61, introduciendo además un nuevo artículo 61 bis, y una nueva disposición transitoria décima, b) Contratos de concesión de obra pública. Se modifican total o parcialmente los artículos 150, 254, 256, 261, 271, 288. Se añaden además dos nuevos artículos 271 bis y 271 ter c) Oficina Nacional de Evaluación. Se crea este organismo, agregando para ello al TRLCSP una nueva disposición adicional trigésimo sexta.



realizarse la interpretación del derecho nacional vigente de conformidad con las Directivas no transpuestas.

Además, ello implica que aquellos de sus preceptos que sean lo suficientemente precisos e incondicionados como para permitir que un particular los pueda invocar frente a los poderes públicos, deberán ser aplicados con prevalencia sobre cualquier otra norma interna que los contradiga. Así por ejemplo, un artículo del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que se oponga a lo establecido en la mencionada Directiva 2014/24/UE, resultará automáticamente desplazado en su aplicación y sustituido por los preceptuado en ésta.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que dicho efecto directo tiene exclusivamente una proyección que se ha venido en denominar "vertical ascendente", es decir, sólo en beneficio del particular, en tal sentido de que no podrán aplicarse en perjuicio del interesado ninguno de los preceptos contenidos en las precitadas Directivas no transpuestas en plazo.

Tampoco está de más recordar que dicho efecto directo se limita a los contratos sujetos a regulación armonizada, pues son los que entran dentro del ámbito objetivo de aplicación de las Directivas, y ello en la medida de que los contratos no armonizados agotan su regulación en el Derecho patrio, a pesar de que el legislador estatal haya optado por dispensar un trato sustancialmente idéntico a ambas tipologías contractuales a la hora de fijar su régimen jurídico.

Ante la situación descrita se abre para los operadores jurídicos españoles un escenario de gran incertidumbre fruto de la indeterminación de las cuestiones que, gozando de efecto directo, pueden invocarse desde del 18 de abril ante Administraciones Públicas y resto de Poderes adjudicadores. Esta situación convierte en necesario un profundo y pormenorizado análisis de las Directivas, a los efectos de determinar aquellos preceptos que, encontrándose suficientemente detallados, se oponen, en beneficio del particular, a lo dispuesto en la normativa española vigente y, por tanto, implican una derogación fáctica o desplazamiento en la aplicación de esta última.

Con la finalidad de aclarar la situación y aportar cierta luz al oscuro panorama que se nos avecina, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, a través de la Dirección General del Patrimonio, ha dictado la Resolución de 16 de marzo de 2016 por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública (BOE núm. 66 de 17 de marzo de 2016).

También con la misma finalidad aclaratoria y de una forma mucho más exhaustiva, los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, en reunión conjunta celebrada en Madrid el 1 de marzo de 2016, han aprobado el documento de estudio sobre los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública



ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público.

Ambos trabajos, especialmente el último, merecen, sin duda, una detenida lectura por todos aquellos profesionales del Derecho que desarrollan su práctica habitual en el ámbito de la contratación pública, pues no son pocas las materias que se ven alteradas, en mayor o menor medida, por los preceptos de las Directivas europeas que, desde el 18 de abril, forman parte de nuestro Derecho con la misma intensidad y alcance que cualquier otra norma emanada de nuestras Cortes Generales.

III. LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE COMO HERRAMIENTA DE LA ADMINISTRACIÓN PARA LUCHAR CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN

La corrupción es uno de los mayores problemas que azota a nuestra sociedad, si bien está más arraigada en el ámbito local y regional. La contratación es un factor sensible

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia considera que la falta de competencia y la corrupción generan un sobrecoste de la contratación en España equivalente al 4,5% PIB.

La buena noticia es que la percepción de la corrupción en la actualidad es muy alta y el grado de tolerancia es cero. Se ha pasado de una pasividad social, cuando no complicidad cultural ante este fenómeno, a reaccionar con indignación y con desafección hacia las instituciones públicas.

Según datos extraídos del periódico Expansión (noticia publicada el 26 de enero de 2016) España registró en 2015 el peor dato de percepción de corrupción de su historia, lo que refleja una "grave" situación de corrupción política, antes vinculada al urbanismo y ahora a la "contratación pública", sobre todo a la que hacen empresas públicas y entes instrumentales de la administración.

Ante estos datos, está claro que la sociedad y por ende la Administración tiene que reaccionar implantando controles y medidas preventivas pues sólo con las medidas represivas se ha visto que no es suficiente para atajar los graves problemas de corrupción.

Además, el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), aprobó en Febrero de 2015 su Informe sobre el Análisis de la Contratación Pública en España. La CNMC en su análisis identifica cinco áreas de mejora en la contratación pública una serie de puntos como la necesidad de mayor acceso, transparencia y publicidad.; la falta de evaluación de la eficiencia económica y de la competencia efectiva; el escaso aprovechamiento de las últimas tecnologías de la información; el déficit de cooperación administrativa o la necesidad de simplificación de los procedimientos de contratación pública.



Los tiempos van cambiando y los delitos se van perfeccionando, de ahí la necesidad de "imponer" programas de Compliance, siquiera, en su vertiente, penal.

Parece inevitable que el siguiente paso en un futuro cada vez más cercano pasa por exigir en los pliegos como requisito, el que las empresas licitadoras tengan implantados programas de compliance, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 31 bis CP. Sin duda, ello supondría un gran avance.

En este sentido compartimos plenamente lo manifestado por GOMEZ JARA al señalar que la evolución que está experimentando la normativa europea parece conducir a que en el futuro la Administración pública exija un Compliance Program penal a todas las empresas que contraten con el sector público.

Lo que hoy puede parecer todavía algo lejano no es extraño para otros países esta exigencia legal.

De hecho, Estados Unidos es el país pionero en temas de Compliance y el que ha alcanzado un mayor grado de desarrollo sobre la materia.

En concreto, desde el año 2008, se ha venido implementando en aquél país un sistema de contratación en virtud del cual para poder ser siquiera una entidad capaz de contratar con la administración pública federal, debe contar con un programa de cumplimiento "anti-corrupción".

En líneas generales, estos los programas referidos a la contratación federal se asientan sobre cuatro premisas básicas: integridad al tratar con funcionarios federales (prohibición de promesas, dádivas o recompensas; prohibición de ofrecer puestos en el sector privado tras abandonar el servicio público, etc.); honestidad en el intercambio de información (prohibición de cualquier tipo de falsedad documental, etc.); consolidación de relaciones éticas con terceras partes (prohibición de kick-backs, etc.); fomentar la competencia leal¹⁰⁴.

Cualquier empresa que contrate con el gobierno federal debe disponer de un sistema de compliance que contenga los siguientes elementos: un mapa de riesgo, un código ético y formación adecuada sobre el mismo; revisión periódica para asegurar la ética de cumplimiento; un mecanismo para reportar las conductas ilegales; determinadas instrucciones que incentiven a los empleados a reportar; auditorías internas o externas; acciones disciplinarias frente a la conducta ilegal; reportar a tiempo a la administración pública; colaboración plena con las agencias gubernamentales que se encarguen de perseguir las conductas ilegales.

¹⁰⁴ Vid. en general W. Hartmann YOUNG, «Effective Government Contract Compliance Strategies in a Constantly Evolving Legal Landscape», en: Government Contracts Compliance, 2012, págs. 25 y ss.; Bradley D. WINE, «Establishing an Effective Government Contract Compliance Program in Today's Challenging Contracting Environment», en: Government Contracts Compliance, 2012, págs. 63 y ss.; Angela B. STYLES, «Developing Effective, Transparent Compliance Programs for Government Contractors», en: Government Contracts Compliance, 2012, págs. 89 y ss.



Por tanto, desde el año 2008, la administración pública estadounidense ha obligado a los contratistas a revisar sus procedimientos internos de control y auditoría, así como de reporte a las autoridades, de tal manera que deben aplicar un estándar de diligencia debida (Due Diligence) respecto de sus propios empleados y reportar por escrito, adjuntando el material probatorio correspondiente, aquellas conductas ilegales de fraude, cohecho o cualquier otro tipo de actividad ilícita que detecten en el seno de su propia organización. Esta regulación, especialmente la obligatoriedad de denuncia, han dado un vuelco significativo al panorama anterior¹⁰⁵, de tal manera que las denuncias de los propios contratistas están comenzando a fluir hacia las autoridades públicas.

Esta realidad no está muy lejana en el ámbito europeo y por tanto también en nuestro país pues, no debemos olvidar que, ya en 2003, la Unión Europea establecía en su Decisión Marco 2003/568 de 22 de julio de 2003:

"Los Estados miembros conceden una importancia especial a la lucha contra la corrupción tanto en el sector público como en el privado, por estimar que en ambos sectores constituye una amenaza para el Estado de Derecho, al tiempo que distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido".

¹⁰⁵ En el preámbulo de la Ley que introduce estas medidas se hace referencia a un cambio «abismal» (sea change) o a divergencias notables (major departure) respecto de la legislación anterior. 73 Fed. Reg. 67069, 12 de noviembre de 2008.

La promulgación de un verdadero e individualizado programa de cumplimiento normativo ha de suponer un valor añadido para la empresa. En primer lugar, porque le va a conceder una ventaja cualitativa en la contratación, tanto pública como privada. En segundo lugar, porque le podrá eximir de la responsabilidad penal en la que pudiere verse involucrada; y en tercer lugar, porque la implantación de una verdadera cultura ética corporativa de vocación inequívoca de cumplimiento, va a mejorar tanto el funcionamiento interno como el externo de la empresa. El interno, porque una vez implementado, va a permitir una mayor interacción entre los distintos departamentos, empleados y directivos, generando una mayor transparencia y confianza entre los mismos; y, en el externo, porque se va a proyectar una imagen de compromiso, responsabilidad y nitidez de la empresa que va a elevar su reputación y, por consiguiente, un aumento de sus posibilidades de negocio.

IV. CONCLUSIÓN

La incorporación a nuestro sistema legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con motivo de la reforma del Código Penal operada a través de la Ley Orgánica 5/2010, supuso sin duda una verdadera revolución en el ámbito no sólo de la dogmática penal sino también en la práctica forense.

La reforma del Código Penal introducida por LO 1/2015, resulta trascendental por la honda transformación que supone para extremos básicos del régimen de la responsabilidad penal de la persona jurídica, contenida en el artículo 31 bis



disponiendo de forma expresa la exoneración de la empresa si dispone de programas de cumplimiento, con determinados requisitos y contenidos. La reforma introduce la figura del Compliance Officer.

La nueva redacción del artículo 31bis CP aclara que el modelo de responsabilidad penal de la empresa se basa en el defecto de organización, correspondiendo al órgano de administración la adopción y ejecución con eficacia, antes de la comisión del delito, de los modelos de organización y gestión (programas de cumplimiento) que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

La normativa europea nos trae, sin duda, una nueva perspectiva del compliance penal, no sólo como una herramienta de autorregulación y prevención de futuros delitos en el seno de la organización empresarial, sino también como un instrumento idóneo para la puesta a punto de las personas jurídicas que se disponen a participar y competir en el mercado operando en el sector público, no resultando descartable que, en el futuro, se requiera, como requisito indispensable para contratar con la Administración, que el operador económico disponga de un programa eficaz de compliance penal.

La falta de transposición de esta normativa europea al Derecho español no obsta a su eficacia pues, aunque las Directivas comunitarias obligan al gobierno nacional, en un plazo determinado, a incorporarlas al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro de la Unión Europea a través de las normas internas correspondientes, en el caso de que esto no se lleve a cabo en el plazo

establecido, aquéllas tienen efecto directo vertical (de los particulares frente al Estado) y, por tanto, pueden ser invocadas ante la Justicia nacional, debiendo incluso realizarse la interpretación del derecho nacional vigente de conformidad con las Directivas no transpuestas.

Precisamente, en el caso de que nos ocupa, las Directivas europeas 2014/23/UE y 2004/24/CE, la Dirección General del Patrimonio del Estado, en Resolución de 16 de marzo de 2016, en previsión de la falta de normativa nacional, ha publicado la recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en la que se reconoce el efecto directo e interpretativo-integrador, a partir del 18 de abril de 2016, de esta normativa comunitaria que modifica y amplía, en el sentido expuesto, el régimen en el que los operadores económicos pueden contratar en el sector público y, ofrece, sin lugar a dudas, una nueva oportunidad a quienes deseen enmendar sus conductas pasadas con efectos positivos para el futuro.

BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL BLAY, M.A: Los programas de Compliance en el «nuevo» Derecho de los contratos públicos

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.187/relcategoria.121/relmenu.3/chk.8d0c9270f8eaa98376156f16842727dd>



- GIMENO FELIU, J.M: La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad .Ponencia del X Congreso de AEPDA.

Madrid, febrero de 2015.

- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C: A propósito de la nueva Directiva europea sobre contratación pública. Diario La Ley, Nº 8423, Sección Tribuna, 18 de Noviembre de 2014, Año XXXV, Ref. D-385, Editorial LA LEY

**“LAS ACTUACIONES REFERIDAS A TRIBUTO DISTINTO NO
INTERRUMPEN LA PRESCRIPCIÓN. (A propósito de la STS de
27 enero 2016)”**

D. BENJAMÍN GÓRRIZ GÓMEZ

Juez sustituto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Fecha de finalización del trabajo: mayo 2016

SUMARIO

- I. PRELIMINAR**
- II. HECHOS**
- III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 29
DE MAYO DE 2014**
- IV. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE ENRO DE 2016**
- V. CONCLUSIÓN**

I. PRELIMINAR

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2016 (Sec. 2ª, rec. 3625/2014, ponente: D. Manuel Martín Timón), **dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina**, establece que, conforme a lo dispuesto en el art. 68 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en la redacción dada por la Ley 7/2012, de 29 de octubre -de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude-, en caso de impuestos distintos e incompatibles, cualquier actuación desacertada o errónea de la Administración no basta para interrumpir la prescripción de su derecho a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, sino que únicamente produce tal efecto interruptivo la actuación errónea de la Administración que tenga su causa en una declaración incorrecta del obligado tributario.

II. HECHOS

Según resulta de la sentencia del Tribunal Supremo mencionada y a los efectos que aquí interesan, son los siguientes: En fecha 26 de julio de 2000 se otorgó escritura de compraventa de inmueble -cuya clase no se especifica-. La compraventa estaba sujeta pero exenta al impuesto sobre el Valor Añadido (IVA).

La vendedora renunció a la exención¹⁰⁶ y, en su consecuencia, repercutió a la adquirente el IVA correspondiente. La adquirente también tributó por Actos Jurídicos Documentados (AJD), si bien autoliquidó éste al tipo "normal" del 0,5% y no al "especial", en caso de renuncia a la exención del IVA, del 1,5%¹⁰⁷. La oficina gestora estimó que no procedía la renuncia a la exención del IVA y practicó liquidación por Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO). Esta liquidación fue impugnada ante el correspondiente Tribunal Económico-administrativo Regional, que la anuló por resolución de 21 de noviembre de 2008, por entender que sí se cumplían todos los requisitos para la renuncia a la exención del IVA. A la vista del pronunciamiento del TEAR, la Administración tributaria autonómica giró nueva liquidación por AJD al tipo procedente en caso de renuncia a la exención del IVA, esto es, del 1,5%.

Esta última liquidación, previa confirmación por el TEAR, fue recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, donde la parte recurrente alegó - en síntesis y por lo que aquí interesa- que había prescrito el derecho de la

¹⁰⁶ El art. 20.Uno de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, dispone que están exentas de este impuesto las operaciones que relaciona. Y el apartado Dos del mismo art. 20 dispone que determinadas exenciones de las establecidas en el apartado Uno podrán ser objeto de renuncia por el sujeto pasivo, en la forma y con los requisitos que se determinen reglamentariamente.

¹⁰⁷ El art. 35 del Decreto Legislativo 1/2010, de 21 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Madrid en materia de tributos cedidos por el Estado, establece que «en las primeras copias de escrituras y actas notariales que documenten transmisiones de bienes inmuebles respecto de las cuales se haya renunciado a la exención contenida en el artículo 20.Dos de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, se aplicará el tipo de gravamen del 1,5 por 100».



Administración a liquidar por el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados porque las modalidades de transmisiones patrimoniales onerosas (TPO) y actos jurídicos documentados (AJD) son distintos impuestos con distinto hecho imponible, por lo que las actuaciones realizadas para determinar la deuda tributaria respecto de un hecho impositivo no tienen eficacia interruptiva de la prescripción respecto de la liquidación de distinto hecho imponible.

III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 29 DE MAYO DE 2014

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de mayo de 2014 (Sec. 9ª, rec. 1051/2011, ponente D.ª Angeles Huet de Sande), declara que la cuestión de si las actuaciones realizadas para liquidar el impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas tienen o no efecto interruptivo respecto de la prescripción del derecho a liquidar el impuesto de Actos Jurídicos Documentados ya fue resuelta por la misma Sección en sentencia de 20 de diciembre de 2013 (rec. 602/2011), en la que se dijo que «[l]a prescripción del derecho a liquidar se fundamenta en una inactividad o inacción de la Administración a la hora de determinar la deuda tributaria, que por tanto se interrumpe con las actuaciones tendentes a su determinación, actuaciones que no pierden dicha eficacia por el hecho de ser anuladas por defecto de forma, ni de fondo, salvo caso de nulidad absoluta. Así en el caso de autos, la correcta liquidación de la operación realizada pasa por una previa calificación de la misma en un sentido alternativo, no implicando el error en la opción, dejación o inactividad que fundamente la prescripción, pues otra

postura impondría a la demandada a fin de preservar el interés general la necesidad de girar simultáneas liquidaciones contradictorias e incompatibles a sabiendas de que una de ellas sería anulada, asegurando no obstante la alternativa no anulada».

Reconoce que la cuestión no ha sido resuelta de forma pacífica por los diferentes Tribunales Superiores de Justicia, ni tan siquiera por las distintas Secciones de la propia Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y se remite a lo dicho por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de fecha 20 de diciembre de 2013, en el recurso contencioso-administrativo 8/2013, cuyos argumentos dice compartir:

«Se invoca la prescripción del derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación [...] Se invoca que las actuaciones y reclamaciones ante el TEAR con motivo de si la operación estaba exenta o no de IVA, no interrumpen la acción de la Administración encaminada a liquidar por el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados "por ser un tributo diferente" [...]

No compartimos el criterio de la parte recurrente [...] por cuanto la discusión no lo es en relación a si la compraventa documentada en escritura pública está o no sujeta al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados -que lo está- sino si la sujeción lo es al tipo del 0,5% como se autoliquidó o al tipo del 1,5% al amparo de lo dispuesto en el art. 3.2 de la Ley balear 11/2002, de 23 de diciembre, conforme al cual: [...] "los documentos notariales a que se refiere el art. 31.2 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se



aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, tributarán al 1,5 por 100 en el caso de documentos en que se haya renunciado a la exención a que se refiere el art. 20.2 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido."

Pues bien, comoquiera que la Conselleria d'Economia, Hisenda i Innovació del Govern de les Illes Balears practicó liquidación -en fecha 30.05.2005- por el ITPyAJD, en su modalidad de Transmisiones Patrimoniales, al considerar que la transmisión documentada en escritura de 24 de junio de 2003 estaba sujeta a dicho impuesto y no al IVA, obviamente y en congruencia con ello, no podía emitir liquidación por el IAJD al tipo del 1,5%, porque sería una actuación contradictoria con la anterior. Esto es, o consideraba que la operación estaba sujeta a ITP y por tanto no revisaba la liquidación por AJD al tipo 0,5%, o bien aceptaba que la operación no estaba exenta de IVA y por tanto giraba liquidación por AJD al tipo 1,5%, pero no podía sostener conjuntamente las dos opciones al ser incompatibles. **Esta imposibilidad -por incompatibilidad- es la que determina que no corriese el plazo de prescripción para liquidar por la segunda opción.**

A partir del momento en que adquiere firmeza la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Illes Balears determinando que la compraventa queda sujeta y no exenta al IVA, la oficina gestora del ITPyAJD queda en condiciones de liquidar el impuesto modalidad AJD al tipo del 1,5 % (frente al 0,5% autoliquidado) y al amparo de lo dispuesto en el art. 3.2 de la Ley balear 11/2002, de 23 de diciembre. Que no estuviese en condiciones de liquidar al tipo 1,5% sino hasta la firmeza de la resolución del TEAR evidencia que no corría el

plazo para liquidar.

Pese a que el art. 67.1º de la LGT/2003 -relativo a la interrupción del plazo de prescripción ante tributos incompatibles que graven una misma operación hasta la resolución firme que dirima el tributo precedente- venga referido al supuesto del plazo para interesar la devolución de ingresos indebidos, el mismo criterio es de aplicación para el derecho a liquidar por modalidades distintas e incompatibles del mismo impuesto, que es lo que aquí ha ocurrido».

Y siguiendo el razonamiento de la Sala de Baleares considera que «es la incompatibilidad en este caso de ambos tributos, ITP y AJD, la que se encuentra en el sustrato de nuestra decisión, incompatibilidad que no desaparece hasta que el TEAR anula la liquidación por ITP, abriendo así paso a poder girar la liquidación por AJD al tipo correcto del 1,5%», añadiendo que si bien no se puede considerar que la nueva liquidación por AJD al tipo del 1,5% haya sido dictada "en ejecución" de dicha resolución del TEAR, no es menos cierto que la resolución del TEAR «es la que abrió el paso a la Administración para corregir el error inicialmente cometido mediante la práctica de esta nueva liquidación por AJD, debiendo entenderse interrumpida la prescripción por las actuaciones anteriores vinculadas a la inicial liquidación por ITP anulada por el TEAR (que no lo ha sido por nulidad de pleno derecho) porque tales actuaciones, seguidas en relación con el mismo sujeto pasivo, recayeron sobre los mismos hechos con trascendencia tributaria y, por ello, no cabe negarles su finalidad de comprobación, calificación y liquidación de los mismos, poniendo de manifiesto, en definitiva, la intención de la Administración de no abandonar su derecho a liquidar esos mismos hechos con



trascendencia tributaria».

Voto particular

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid reseñada cuenta con un **voto particular** (del magistrado D. Joaquín Herrero Muñoz Cobo), según el cual, la controversia debe centrarse en la cuestión de si conforme al art. 68.1.a) de la LGT 58/2003, las actuaciones para liquidación de un determinado tributo extienden su efecto de interrupción de la prescripción a la liquidación de un tributo distinto y, aunque la redacción del precepto plantea dudas de interpretación, considera que el legislador quiso despejarlas con la modificación introducida por la Ley 7/12, de 29 de octubre -de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude- en la redacción del art. 68.1.a) LGT¹⁰⁸ que, según su exposición de motivos, tiene por objeto clarificar el régimen jurídico de interrupción de la prescripción por aquellas actuaciones.

Explica que la reforma en cuestión mantuvo la anterior redacción

¹⁰⁸ El art. 68.1.a) LGT establece que el plazo de prescripción del derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación se interrumpe «por cualquier acción de la Administración tributaria, realizada con conocimiento formal del obligado tributario, conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento y liquidación de todos o parte de los elementos de la obligación tributaria que proceda, aunque la acción se dirija inicialmente a una obligación tributaria distinta como consecuencia de la incorrecta declaración del obligado tributario».

añadiendo la aclaración que indica bajo los puntos (2) y (3), de manera que el plazo de prescripción se interrumpe por «(1)cualquier acción de la Administración tributaria, realizada con conocimiento formal del obligado tributario, conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento y liquidación de todos o parte de los elementos de la obligación tributaria que proceda, (2)aunque la acción se dirija inicialmente a una obligación tributaria distinta (3)como consecuencia de la incorrecta declaración del obligado tributario». A la vista de la anterior -entiende el magistrado que redacta el voto particular- que «el legislador ha establecido una regla general (1), y una excepción a dicha regla general (2) pero solo para un supuesto (3)». De esta forma, continúa el voto particular, «la pregunta que se plantea en el caso de autos, de si interrumpe la prescripción la acción de la Administración dirigida inicialmente a una obligación tributaria distinta de la que procedía cuando el obligado tributario declaró correctamente, estimo debe ser negativa, pues de otra manera, quiebra el sistema de regla general y excepción regulado, haciendo superflua la acotación realizada en el punto(3), vaciando de contenido la aclaración que el legislador pretendía realizar».

Y concluye: «dado que la Administración tributaria actúa siempre, salvo error de carácter material o tipográfico, conforme a una interpretación razonable del derecho y con ánimo de preservar los intereses generales, si lo anterior fuera lo relevante, esto es, si bastara a los efectos de interrumpir la prescripción la actividad de la Administración aún en una aplicación desacertada pero razonable del derecho, hubiera bastado la aclaración por el legislador en el sentido de que la



interrupción se produce "aunque la acción se dirija inicialmente a una obligación tributaria distinta", nada más; pero conforme a lo expuesto, al añadir la acotación numerada como (3), no parece que sea este el criterio que ha seguido el legislador, sino el de entender que para interrumpir la prescripción, la Administración debe acertar en la calificación de los hechos, y que solo por excepción, la actuación desacertada también tendrá efecto interruptivo cuando el error haya sido en parte, por así decirlo, en consideración del legislador, provocado por la actuación del obligado tributario que declaró incorrectamente».

IV. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE ENERO DE 2016

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2016 (Sala 3ª, Sec. 2ª, rec. 3625/2014, ponente: D. Manuel Martín Timón), **dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina**, parte de que los impuestos de Actos Jurídicos Documentados (AJD) y de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO) son impuestos diferente, por más que ambos se encuentren regulados en el mismo texto normativo, y considera que, en el caso concreto analizado, no puede mantenerse la existencia de actividad de la Administración Pública, porque su actuación no fue encaminada a la liquidación del impuesto de Actos Jurídicos Documentados, sino a la de un impuesto totalmente diferente, como es el Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

Por ello -continúa la sentencia- y como indican algunas de las sentencias aportadas para contraste, «la liquidación practicada en segundo lugar, en este caso por el concepto de Actos Jurídicos Documentados, es una liquidación "ex

novo", girada cuando había transcurrido el plazo de prescripción, por cuanto la actuación de la Administración liquidando por Transmisiones Patrimoniales no surte efectos interruptivos de la misma».

Lo anterior conduce a la STS a dar la razón al voto particular antes transcrito, que utiliza como criterio interpretativo el que deriva de la modificación del art. 68 de la Ley General Tributaria por la Ley 7/2012, de 29 de octubre. «En efecto, si para interrumpir la prescripción en el caso de impuestos distintos e incompatibles bastara la actividad de la Administración aún cuando fuera en cualquier actuación desacertada o errónea, hubiera sido suficiente que en la modificación de la redacción del artículo 68 de la Ley General Tributaria por Ley 7/2012, de 13 de octubre [quiere decir Ley 7/2012, de 29 de octubre, (B.O.E. de 30 de octubre de 2012)], se indicara que la interrupción de la prescripción se produce "aunque la acción se dirija inicialmente a una obligación tributaria distinta". Sin embargo, resulta patente que no ha sido así, sino que la referida Ley exige que esa actuación tenga su origen en una incorrecta declaración del obligado tributario». Por tanto -añade- «es patente que el legislador considera que cuando se trata de impuestos distintos, solo la actuación errónea de la Administración basada en incorrecta declaración del obligado tributario produce efecto interruptivo de la prescripción y no, por el contrario, cuando la causa de aquella sea otra distinta de la expresada».

Por todo ello, y con relación al caso concreto, concluye que «no habiendo existido efecto interruptivo y habida cuenta de que según las fechas que se hacen



figurar en el primero de los Antecedentes, habían transcurrido más de cuatro años desde la realización del hecho imponible cuando se giró la liquidación última por el concepto de Actos Jurídicos Documentados, procede considerar prescrito el derecho de la Administración a la determinación de la deuda tributaria con origen en la escritura pública de compraventa de inmuebles de 26 de julio de 2000».

V. CONCLUSIÓN

En consecuencia, frente a la postura de la sentencia impugnada en casación, según la cual, en caso de tributos incompatibles entre sí, el error de la Administración tributaria en la opción no implica dejación o inactividad que fundamente la prescripción, la sentencia del Tribunal Supremo mencionada en el título considera que únicamente interrumpe la prescripción la actuación errónea de la Administración que tenga su causa en una declaración incorrecta del obligado tributario, pues ello es lo que resulta del texto del art. 68.1.a) de la Ley General Tributaria, tras la modificación operada por la Ley 7/12, de 29 de octubre, ya que si para interrumpir la prescripción en tales casos bastara la actividad de la Administración, aún cuando fuera en cualquier actuación desacertada o errónea, hubiera sido suficiente que en la modificación del mencionado art. 68 de la LGT - relativo a la interrupción de los plazos de prescripción- se indicara que la interrupción de la prescripción se produce «aunque la acción se dirija inicialmente a una obligación tributaria distinta», pero, sin embargo, la referida Ley añade: «como consecuencia de la incorrecta declaración del obligado tributario».

“LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA EN EL DERECHO EUROPEO”

D. CARLOS-M^a. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ

Técnico Superior de la Administración de la JCCM

Fecha de finalización del trabajo: 27 de abril 2016

SUMARIO

- I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.**
- II. FASES DE IMPLANTACIÓN DE LA MONEDA ÚNICA.**
- III. EL PACTO DE ESTABILIDAD Y CRECIMIENTO (PEC).**
- IV. LA FASE DE CONTROL PREVENTIVO DEL PEC.**
- V. LA FASE DE CORRECCIÓN DEL PEC: EL PROCEDIMIENTO DE DÉFICIT EXCESIVO**
 - A) MARCO NORMATIVO.**
 - B) LOS PRIMEROS PROCEDIMIENTOS DE DÉFICIT EXCESIVO (PDE).**
 - B-1: EL CASO GRIEGO.**
 - B-2: LOS CASOS ALEMÁN Y FRANCÉS.**

C) BLOQUEO INSTITUCIONAL: REACCIÓN DE LA COMISIÓN.

D) REGULACIÓN ACTUAL DEL PDE.

VI. MÁS ALLÁ DEL PEC: EL GOBIERNO ECONÓMICO DE LA UE. EL DENOMINADO “SIX PACK”

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

El establecimiento de una unión económica y monetaria en Europa así como la implantación de una moneda única, son los acontecimientos a partir de cuya consecución se empieza a poner de manifiesto la necesidad de garantizar el cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria (EP) y sostenibilidad financiera (SF) entre los Estados miembros de la UE¹⁰⁹.

¹⁰⁹ En teoría económica, antes de esta fase de UEM, existirían, por orden de menor a mayor intensidad, los siguientes grados teóricos de integración económica que podrían darse entre los Estados:

1.- Zona comercial preferente: donde sólo se pretende la reducción de los aranceles aduaneros entre los países que la integran.

2.- Zona de libre comercio: que implica la supresión de aranceles aduaneros, bien de una parte, bien de todas las mercancías que constituyen objeto del comercio entre sus signatarios.

3.- Unión aduanera: en la que, conseguidos los objetivos de la fase inmediatamente anterior, se unifican además los aranceles vigentes con terceros países y se homogeneizan las políticas comerciales ente los Estados integrantes.

Entendemos por unión económica y monetaria (UEM) el proceso destinado a armonizar las políticas económicas y monetarias de los Estados miembros de la Unión Europea, cuyo objetivo más visible ha sido la implantación del euro como moneda única. Para llegar, sin embargo, a este momento, debemos distinguir cuatro fases bien diferenciadas en la organización institucional de lo que hoy conocemos como “Unión Europea”.

A) Desde 1951 a 1957 hemos de hablar de la existencia de un mercado común limitado al carbón y el acero. El marco jurídico de su implantación fue, como es sabido el llamado Tratado de París, también conocido como “Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero” (TCECA), cuya vigencia expiró el 23 de julio de 2002, es decir, a los cincuenta años de su entrada en vigor, tal y como estaba previsto.

B) A partir de 1957, con la firma y entrada en vigor de los denominados Tratados de Roma de 1957, es decir, del Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE) y del Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (TCEEA), se puso en marcha un mercado común general, en el que la implantación de la libre

4.- Mercado común: en la que, aparte de la regulación común de los productos, se profundiza en los principios de libre circulación aplicados a mercancías, capitales, trabajadores y servicios.

Obviamente la fase final sería la consecución de una integración económica completa, en la que, además de la consecución de una moneda única, se conseguiría implantar una armonización política, fiscal y económica entre los Estados.



circulación comunitaria referida a los productos, capitales, trabajadores y servicios, va experimentando una evolución progresiva. En su consolidación más o menos reconocible, ha sido esencial el papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea quien, sobre la base de condenas a los Estados más reticentes, va logrando definir las conductas contrarias a la implantación de dichas libertades, venciendo así la resistencia natural de los Estados instalados siempre en su particular visión soberana y unilateral de los asuntos de transcendencia europea.

En estos años todavía no se ha puesto de manifiesto en Europa la necesidad de una moneda única. Hasta la década de los setenta del siglo pasado funcionó razonablemente bien el denominado sistema de “Bretton Woods”, basado en el patrón oro y una moneda de referencia. Esta moneda no podía ser otra, claro está, que el dólar, si se tiene en cuenta que, al acabar la Segunda Guerra Mundial, los Estados Unidos de Norteamérica custodiaban, en su Reserva Federal de Fort Knox, el 80% de las reservas mundiales de oro y que, además, tenían a Europa fuertemente amarrada desde el punto de vista económico con las ayudas a su reconstrucción canalizadas a través del denominado “Plan Marshall”.

El sistema Bretton Woods, en esencia, implicó el establecimiento de un precio fijo en dólares a la onza de oro (inicialmente fijado en 35 \$), debiendo los demás países mantener sus respectivas monedas con relación al dólar en una banda de fluctuación del 1% sobre el valor del mismo, y asumiendo el compromiso de intervención obligatoria a fin de mantenerlas en ese margen. Asimismo se aplicó

el principio de “total convertibilidad”, de modo que los diferentes Estados podían adquirir libremente oro al precio fijado en dicha Conferencia Internacional.

Este mecanismo, sin embargo, empezó a quebrar a partir de 1971. EEUU tuvo que poner a marchas forzadas su máquina de creación de dólares para financiar su participación en la Guerra de Vietnam. Como el tipo de cambio “dólar/oro” se fundamentaba en el principio de “total convertibilidad”, los países europeos empezaron a preferir el oro a los dólares, o el cambio de esta moneda por otras más estables (como los marcos alemanes). Para evitar la pérdida de sus reservas del precioso metal, Nixon tuvo que abandonar el sistema Bretton Woods el 15 de agosto de 1971, lo que le permitió devaluar la moneda. El asunto se agravó en 1973 con la denominada “crisis del petróleo”, con la decisión de los países de la OPEP de no exportar petróleo a los países que habían apoyado a Israel en la Guerra del Yom Kippur, supuesto en el que nuevamente los EEUU se encontraban en el centro del huracán.

C) En este contexto internacional, el primer intento de crear una “unión monetaria” en la entonces denominada Comunidad Económica Europea fue el conocido sistema de “serpiente monetaria”, basado en acuerdos entre los distintos estados miembros para mantener sus respectivas monedas en unos estrechos márgenes de fluctuación sobre el dólar. Pero, el hecho de que se tomara como referencia una moneda que, como hemos visto, por aquella época estaba ya sometida a fuertes tensiones inflacionistas, fue la causa del fracaso del



mecanismo, hasta el punto de que, en menos de dos años, la mayor parte de los Estados signatarios tuvieron que abandonarlo.

D) El siguiente hito comunitario es el denominado “Sistema Monetario Europeo”, que se puso en marcha en marzo de 1979, basado en el mismo concepto que su antecedente, pero ya no en función de una moneda extranjera, sino de la denominada “Unidad de Cuenta Europea” (“European Currency Unit”, conocida por sus siglas como “ECU”), cuyo valor era la media ponderada de las diversas monedas participantes, que se debían mantener en torno a una banda de fluctuación de +/- el 2,25% (a excepción de la lira italiana, a la que se le concedió un margen del 6%).

En junio de 1988, el Consejo Europeo de Hannover creó el “Comité para el estudio de la Unión Económica y Monetaria”, presidido por Jacques Delors, autor en 1989 del famoso informe que lleva su nombre que, debatido en la Conferencia Intergubernamental de Maastricht de diciembre de 1991, sentó las bases de la “Unión Económica y Monetaria” actual, suponiendo además, una importante reforma de los Tratados constitutivos comunitarios.

II. FASES DE IMPLANTACIÓN DE LA MONEDA ÚNICA.

Siguiendo las recomendaciones del Informe Delors, las fases que había que observar en la implantación de la moneda única europea eran tres:

A) Fase nº 1 (del 1 de julio de 1990 al 31 de diciembre de 1993). Tuvo como principales objetivos la generalización del mercado interior (particularmente la libre circulación de capitales entre los Estados miembros), el refuerzo de la coordinación de las políticas económicas (presentación de programas de convergencia económica, requisito imprescindible para beneficiarse de las ayudas del Fondo de Cohesión) y la intensificación de la cooperación entre los bancos centrales (lo que llevaba implícito el mantenimiento del “Sistema Monetario Europeo”, instrumento creado en 1978 a partir de un tipo de referencia, ECU, y la previsión de mecanismos de intervención de los Bancos centrales de los EEMM para mantener sus respectivas monedas dentro de una banda de fluctuación respecto de ese tipo).

B) Fase nº 2 (del 1 de enero de 1994 al 31 de diciembre de 1998). En ella se profundiza en la convergencia de las políticas económicas y monetarias de los Estados miembros (con el fin de garantizar la estabilidad de los precios y unas finanzas públicas saneadas) y tiene lugar la creación del Instituto Monetario Europeo (IME) y, posteriormente, del Banco Central Europeo (BCE) en 1998.

C) Fase nº 3 (desde el 1 de enero de 1999). Se produce la fijación irrevocable de los tipos de cambio e introducción de la moneda única en los mercados de cambio y en los pagos electrónicos; tiene lugar la introducción del euro fiduciario¹¹⁰. La existencia de la moneda física se produjo en enero de 2002.

¹¹⁰ En el momento actual, 17 de los 27 Estados miembros de la Unión Europea han adoptado ya la moneda única. Son tres los Estados miembros que todavía no han adoptado



A fin de garantizar la convergencia duradera necesaria para la realización de la Unión Económica y Monetaria (UEM), el art. 121 TCEE estableció cuatro criterios de convergencia desarrollados en el Protocolo 6 del TUE que cada Estado miembro debía respetar para ser admitido a participar en la tercera fase de la UEM y poder introducir, por tanto, el euro. El examen del cumplimiento de dichos criterios de convergencia se realiza sobre la base de los informes de la Comisión y del Banco Central Europeo. Esos criterios son los siguientes:

D-1: La estabilidad y sostenibilidad de las finanzas del estado, de modo que la proporción entre el déficit público y el producto interior bruto no debe sobrepasar el 3%, y la proporción entre la deuda pública y el producto interior bruto no debe rebasar el 60%.

D-2: Una estabilidad de precios sostenible y una tasa promedio de inflación (observada durante un período de un año antes del examen) que no exceda en más del 1,5 % de la de los tres Estados miembros con mejor comportamiento en materia de estabilidad de precios.

la moneda única: el **Reino Unido y Dinamarca**, que disponen de una cláusula de exención conocida como «opt-out», y **Suecia**, que no introdujo el euro ante el resultado negativo de un referéndum celebrado en septiembre de 2003. Los Estados miembros que ingresaron en la Unión el 1 de mayo de 2004 y el 1 de enero de 2007 adoptarán el euro cuando cumplan todos los criterios de convergencia. En las negociaciones de adhesión no se les ha concedido ninguna cláusula de exención.

D-3: Un tipo promedio de interés nominal a largo plazo que no exceda en más de un 2% el de los tres Estados miembros con mejor comportamiento en materia de estabilidad de precios durante el año precedente al examen.

D-4: Los márgenes normales de fluctuación dispuestos por el mecanismo del tipo de cambio (el mantenimiento de los tipos de fluctuación del mecanismo de tipo de cambios, a esta fecha ya no es el SME sino el MTC-II, desde la Resolución del Consejo Europeo de Ámsterdam de 16 de junio de 1997). El mantenimiento de estos márgenes debe observarse, sin tensiones graves, durante por lo menos los dos años anteriores al examen. El MTC-II prevé una fluctuaciones sobre el euro de +/-15% previéndose intervenciones obligatorias a partir de esos márgenes.

El objetivo de los criterios de convergencia es garantizar que el desarrollo económico en el marco de la UEM sea equilibrado y no provoque tensiones entre los Estados miembros. Hay que señalar que los criterios relativos al déficit público y a la deuda pública deben seguir respetándose después de la entrada en vigor de la tercera fase de la UEM (1 de enero de 1999). A tal efecto, en el Consejo Europeo de Ámsterdam de junio de 1997 se adoptó el denominado “Pacto de Estabilidad y Crecimiento”, un instrumento que permite a los países miembros de la zona del euro coordinar sus políticas presupuestarias nacionales y evitar déficits públicos excesivos.

III. EL PACTO DE ESTABILIDAD Y CRECIMIENTO (PEC).

El PEC se enmarca en el contexto de la tercera fase de la UEM, iniciada el 1 de enero de 1999. Su objetivo es velar por que el esfuerzo de los Estados miembros en materia de disciplina presupuestaria siga adelante tras la introducción de la moneda única: el euro.

La conclusión de este Pacto se debió a la influencia alemana, a quien le parecían insuficientes los mecanismos de control presupuestario del derecho comunitario originario (sobre todo por la desconfianza con los “países del Sur”). A tal efecto, Theo Weigel ministro de economía a la sazón, presentó en 1995 una propuesta, que fue recogida en el Consejo Europeo de DUBLÍN, celebrado en diciembre de 1996. El compromiso se materializó por Resolución del Consejo Europeo de Ámsterdam de 17 de junio de 1997. A la anterior resolución se añaden, como parte del “Pacto”, dos Reglamentos del Consejo:

a) El nº 1466/97, del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas (el Reglamento 1466/97 ha sido modificado después por los RR 1055/2005 y 1175/2011). Este Reglamento recoge la FASE DE CONTROL PREVENTIVO (expresión tomada del *art. 2 1) del Reglamento 1173/2011, del PE y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011*). Los EEMM están obligados a presentar dos tipos de documentos:

a-1: LOS PROGRAMAS DE ESTABILIDAD: si pertenecen al euro. Son programas que han de actualizarse anualmente (arts. 3 y ss del Reglamento).

a-2: LOS PROGRAMAS DE CONVERGENCIA: si no pertenecen al euro. Igualmente se han de actualizar anualmente (arts. 7 y ss del Reglamento).

Lógicamente es en estos programas donde se facilita al Consejo y la Comisión la información necesaria para que estos órganos puedan ejercer su supervisión. Este procedimiento está previsto hoy en el artículo 121 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo, TFUE).

b) El Reglamento nº 1467/97, del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo (modificado por los RR 1056/2005 y 1177/2011). Este Reglamento recoge la FASE DE CORRECCIÓN (expresión que utiliza el art. 2.2) del Reglamento (UE) 1173/2011). Se aplica a todos los EEMM que se encuentren en la 3ª fase UEM (por tanto no es aplicable al Reino Unido ni a Dinamarca). Se regula actualmente en el artículo 126 TFUE¹¹¹.

¹¹¹ El procedimiento de déficit excesivo se introdujo por el Tratado de Maastricht en el artículo 104 C del TCEE. A partir del Tratado del art. 12 del Tratado de Ámsterdam pasó a ser el art. 104 TCE y es con el Tratado de Lisboa cuando pasa a tener su última numeración.

En los epígrafes siguientes concretaremos los procedimientos derivados de dichos reglamentos.

IV. LA FASE DE CONTROL PREVENTIVO DEL PEC.

El actual artículo 121 TFUE (anterior artículo 99 TCE) obliga a los Estados miembros a coordinar, en el seno del Consejo, sus políticas económicas como una cuestión de interés común. A tal efecto, la Comisión ha de elaborar un proyecto de orientaciones generales y presentar un informe al Consejo Europeo. Sobre la base de este informe, el Consejo Europeo debatirá unas conclusiones y con sujeción a ellas el Consejo adoptará una recomendación. Por su parte, los Estados miembros han de informar a la Comisión de las medidas importantes adoptadas en relación con sus políticas económicas, así como sobre aquellas cuestiones que consideren de interés.

Para materializar esta coordinación, desde el Consejo Europeo de Junio de 2010 empezó a acuñarse la expresión “SEMESTRE EUROPEO”, que abarca los primeros seis meses de cada ejercicio presupuestario. En este periodo se cotejan, por parte de las instituciones comunitarias, los diversos informes emitidos en el marco del PEC (ya hemos dicho que estos son los “Programas de Estabilidad” y los “Programas de Convergencia”, según que los Estados se encuentren o no adheridos al euro). Estos programas y las políticas macroeconómicas que en ellos

se incluyen se valoran en el marco de la Estrategia Europa 2020¹¹². Se refuerza así la dimensión “ex ante” de la coordinación y la supervisión de las políticas nacionales, extrayendo a tiempo lecciones de la evolución de la situación de los diversos Estados miembros, que en sus leyes de presupuestos pueden incorporar las perspectivas y orientaciones europeas en sus políticas nacionales para el año siguiente.

La regulación de este nuevo ciclo de coordinación política se ha producido con el Reglamento (UE) 1175/2011, que introduce en el Reglamento 1466/97 una Sección I bis denominada “*Semestre Europeo para la Coordinación de las Políticas Económicas*”. Según estos preceptos, la Comisión ha de formular cada año, en el mes de enero, un “Estudio Prospectivo sobre el Crecimiento”, en el que analiza los principales retos económicos a que se enfrenta la UE y establece recomendaciones prioritarias para abordarlos. Los meses de febrero y marzo se

¹¹² La Estrategia “Europa 2020” tiene como objetivos, entre otros: a) Obtener una tasa de empleo del 75% para hombres y mujeres de entre 20 y 64 años; b) Elevar el nivel de inversión I+D (sumando las inversiones públicas y privadas) hasta, al menos, el 3% PIB; c) Reducir las emisiones de gases de efecto invernadero al menos en un 20% en comparación con los niveles de 1990, o en un 30% si se dan las condiciones al efecto; d) Incrementar hasta el 20% la parte correspondiente a las energías renovables en el consumo energético final de la UE, y aumentar en un 20% la eficiencia energética; d) Reducir al 10% el porcentaje de abandono escolar entre los jóvenes de entre 18 y 24 años, incrementando al menos el 40% el de los adultos (30-34 años) con estudios superiores completos o un nivel de estudios equivalente; e) Reducir el número de europeos que viven por debajo de los umbrales de pobreza en un 25%, rescatando así a más de 20 millones de personas de esta situación.



dedican al debate de estas orientaciones, tanto en el ECOFIN¹¹³ como en el propio Parlamento Europeo.

A partir de ahí, el Consejo Europeo de primavera – en el mes de marzo – ofrece unas “orientaciones” relativas a los grandes desafíos que se perfilan en el horizonte y teniendo en cuenta estas orientaciones, los Estados procederán a elaborar sus estrategias presupuestarias a medio plazo en sus respectivos programas de estabilidad o convergencia, e incluirán en sus “Programas Nacionales de Reforma” las medidas necesarias para avanzar en la consecución de los objetivos de “Europa 2020”.

Estos documentos se han de enviar, a mediados de abril y como muy tarde – la terminología comunitaria utiliza la horrenda expresión “*a más tardar*” – a finales del mes. En la fase final del semestre anterior al verano – en el mes de junio – el Consejo de Ministros formulará orientaciones específicas para cada país.

En esta línea de coordinación, hay que tener en cuenta asimismo el Reglamento (UE) nº 473/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro. El artículo 4, apartados 2 y 3 de este Reglamento,

¹¹³ El ECOFIN es la formación del Consejo de Ministros compuesta por los representantes ministeriales de Economía y Hacienda de los diversos Estados Miembros.

exige que cada año “...a más tardar el 15 de octubre, deberá hacerse público el proyecto de presupuesto de la administración central para el ejercicio siguiente, junto con los principales parámetros de los proyectos de presupuesto de todos los demás subsectores de las administraciones públicas”, cuya aprobación ha de tener lugar antes del 31 de diciembre, debiendo adoptarse procedimientos de revisión “... si, por razones objetivas más allá del control del gobierno, el presupuesto no se adopta o se decide y se hace público antes del 31 de diciembre”.

El art. 6.2 del Reglamento 1466/97 establece que si, como consecuencia del anterior proceso, la Comisión observase desviaciones significativas de algún Estado, y para impedir la aparición de un “déficit excesivo” (que, recordemos, tiene un límite del 3%) hará una ADVERTENCIA al Estado. En el plazo de un mes, el Consejo examina la situación y, si es preciso, sobre la base de una recomendación de la Comisión, fijará un plazo para corregir la desviación detectada. El plazo general es de cinco meses, pero puede reducirse a tres: “... si la Comisión, en su advertencia, considera que la situación es especialmente grave y requiere medidas urgentes. El Consejo, a propuesta de la Comisión, hará pública la recomendación”.

Continúa este precepto señalando que si el Estado miembro no adopta medidas adecuadas en este plazo, a través de una nueva Recomendación, la Comisión puede pedir al Consejo que éste adopte, por mayoría cualificada una DECISIÓN,



constatando este hecho¹¹⁴. En esa misma Recomendación, la Comisión puede proponer al Consejo una revisión de las medidas políticas necesarias para lograr el fin preventivo.

Puesto que la adopción de la DECISIÓN exige mayorías cualificadas, es posible que ésta no llegue a obtenerse en el Consejo, dado el complicadísimo sistema que establecen los Tratados europeos para lograrla¹¹⁵. Como más adelante relataremos, en el ámbito de la fase de corrección, ya se planteó una situación de bloqueo institucional por esta misma razón: las recomendaciones de la Comisión no pudieron traducirse en una Decisión del Consejo, por la incapacidad de lograrse en su seno esa difícil mayoría cualificada.

Esta circunstancia, trata de solventarse hoy con el denominado *principio de mayoría inversa* contenido en el párrafo 5º del artículo 6.2 del Reglamento 1466/97, según el cual:

¹¹⁴ Hay que advertir que, en la estructura orgánica de las instituciones comunitarias, a la Comisión de le impone sólo el poder de iniciativa y es el Consejo el único órgano con capacidad para adoptar decisiones que afecten a los Estados miembros.

¹¹⁵ En cuanto a la mayoría cualificada, ésta se regula en el art. 16, apartados 3 y 4 TUE, en relación con el artículo 238.2 TFUE y sustancialmente otorga a cada uno de los países un número de votos, hasta un total de 345. Para alcanzar la mayoría cualificada se requiere un mínimo de 255 votos, de los totales (es decir, el 73,9%). Pero además: a) cualquier decisión debe ser aprobada por la mayoría de los Estados miembros (en algunos casos, hasta los 2/3); b) cualquier Estado miembro puede solicitar que se compruebe que los votos a favor representan, como mínimo, al 62% de la población total de la Unión (lo que se denomina en la jerga europea “minoría de bloqueo”).

“En caso de que el Consejo no adopte la decisión sobre la recomendación de la Comisión en la que se constate que no se han tomado medidas efectivas, y el Estado miembro de que se trate sigue sin adoptar las medidas oportunas, la Comisión, transcurrido un mes de su primera recomendación, recomendará al Consejo que adopte la decisión en la que se constate que no se ha tomado ninguna medida efectiva. La decisión se considerará adoptada por el Consejo a menos que este decida, por mayoría simple, rechazar la recomendación en el plazo de diez días tras su adopción por la Comisión. La Comisión podrá recomendar simultáneamente al Consejo que adopte una recomendación revisada sobre las medidas políticas necesarias, de conformidad con el artículo 121, apartado 4, del TFUE”.

Es decir, en este caso, el bloqueo institucional del Consejo permite entender aprobada la segunda recomendación de la Comisión por silencio administrativo. La carga de su impugnación de traslada ahora al propio Consejo que sólo puede rechazarla, por mayoría simple, en el plazo de los 10 días siguientes.

Si el Estado incumplidor es, además, miembro del “club euro” tras la decisión, expresa o presunta, del Consejo constatando el incumplimiento, es posible acordar las correspondientes sanciones, establecidas en este caso por el Reglamento 1173/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria



en la zona del euro, cuyo artículo 4 tipifica las sanciones que pueden imponerse en esta fase preventiva en los siguientes términos:

“1. Si el Consejo adopta una decisión en la que se constata que un Estado miembro no ha adoptado ninguna medida como respuesta a la recomendación del Consejo a que se refiere el artículo 6, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento (CE) n.º 1466/97, la Comisión, en el plazo de veinte días a partir de la adopción de la decisión del Consejo, recomendará que el Consejo, en virtud de una decisión ulterior, obligue al Estado miembro interesado a constituir ante la Comisión un depósito con intereses equivalente al 0,2 % de su PIB correspondiente al ejercicio precedente.

2. La decisión que obligue a la constitución de un depósito se considerará adoptada por el Consejo a menos que este, por mayoría cualificada, decida rechazar la recomendación de la Comisión en el plazo de diez días a contar desde su adopción por esta.

3. El Consejo, por mayoría cualificada, podrá modificar la recomendación de la Comisión y adoptar el texto así modificado como una decisión propia.

4. Previa solicitud motivada del Estado miembro interesado dirigida a la Comisión en el plazo de diez días a partir de la adopción de la decisión del Consejo en la que conste que un Estado miembro no ha adoptado ninguna medida a tenor del

apartado 1, la Comisión podrá recomendar que el Consejo reduzca la cuantía del depósito con intereses o lo cancele.

5. El tipo de interés aplicable al depósito con intereses reflejará el riesgo de crédito de la Comisión y el período de inversión correspondiente”.

Obviamente, el depósito se deja sin efecto, según el apartado 6º del mismo precepto: *“Si la situación que motivó la recomendación del Consejo a que se refiere el artículo 6, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento (CE) n o 1466/97 deja de existir...”. En estos casos: “... el Consejo, sobre la base de una nueva recomendación de la Comisión, decidirá que el depósito, junto con los intereses devengados, se restituya al Estado miembro interesado. El Consejo, por mayoría cualificada, podrá modificar la nueva recomendación de la Comisión”.*

V. LA FASE DE CORRECCIÓN DEL PEC: EL PROCEDIMIENTO DE DÉFICIT EXCESIVO.

A) MARCO NORMATIVO

Como antes hemos advertido, la regulación de este procedimiento se remonta al Tratado de la Unión Europea, firmado el 7 de febrero de 1992 en la ciudad de Maastricht y cuya vigencia tuvo lugar a partir del 1 de noviembre de 1993. Este Tratado introduce en el Tratado de la Comunidad Europea el artículo 104 C que,



posteriormente, en el Tratado de Ámsterdam (2 de octubre de 1997) pasará a reenumerarse como artículo 104 TCE. Más adelante, con el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 – con vigencia desde el 1 de diciembre de 2009 – el TCE pasa a denominarse “Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y el anterior artículo 104 TCE pasa a ser ahora el artículo 126 TFUE, que constituye su ubicación hoy vigente. A este artículo hay que añadirle lo dispuesto en el Protocolo 12 del Tratado.

El desarrollo de este procedimiento, según dijimos, se produjo con el Reglamento 1467/1997 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo. Antes, sin embargo, de exponer su actual regulación y, para comprender los términos en que actualmente se formula, conviene detenerse, siquiera sea brevemente, en los primeros procedimientos que se abrieron por déficit excesivo.

B) LOS PRIMEROS PROCEDIMIENTOS DE DÉFICIT EXCESIVO (PDE).

Curiosamente, cuando el PEC había sido alumbrado por la desconfianza de Alemania en la disciplina presupuestaria de los Estados del Sur (España, Portugal, Italia y Grecia), la propia Alemania fue uno de los primeros Estados contra los que la Comisión planteó la conveniencia de iniciar procedimiento de déficit excesivo. Pero quizá, con carácter previo al caso alemán, conviene aludir al “caso griego”, no sólo porque se produjo cronológicamente con anterioridad, sino también por las graves repercusiones que habrá de tener posteriormente en la crisis de deuda

soberana que afectaría a Europa a partir de finales del año 2009, y de cuyos efectos todavía nos resentimos.

B-1: EL CASO GRIEGO.

En el caso de Grecia, el Consejo en Decisión de 26 de septiembre de 1994 ya acordó la apertura de PDE contra ese país que acabó “cerrándose en falso” por una nueva Decisión del Consejo de 17 de diciembre de 1999, en la que, como consecuencia de un informe presentado por Grecia a la Comisión, se valoraron positivamente los esfuerzos helénicos por la paulatina reducción del déficit, aceptándose como cifra válida la existencia de un 0,8% sobre el PIB para el año 2001.

Esta flexibilidad de las instituciones europeas no era casual: se trataba de facilitar la entrada en el euro a Grecia, incorporación que, como sabemos, acabó produciéndose el 1 de enero de 2001 y que nunca podría haber tenido lugar, de aceptarse las auténticas cifras de déficit y deuda que arrojaba por esas fechas el país candidato al Eurogrupo. En efecto, cuando el gobierno socialista del PASOK pierde las elecciones el 7 de marzo de 2004 y es sucedido por el gobierno conservador de Costas Caramanlis, se encarga una auditoría en la que se ponen de manifiesto las graves irregularidades de las cuentas públicas griegas y los elevados niveles de déficit y deuda que arrojaba ese país sobre los que venían siendo declarados a la Comisión. Como consecuencia de ello, por Decisión del Consejo de julio de 2004, se vuelve a abrir PDE contra Grecia.



Es en el curso de este nuevo procedimiento donde se pone de manifiesto la magnitud del engaño: Giorgios Alogoskufis, a la sazón Ministro de Finanzas de Grecia reconoce que los anteriores gobiernos “mintieron” en sus cifras macroeconómicas y que, en consecuencia, el déficit público griego superaba el tope máximo del 3%, al menos desde el año 2000.

La realidad sin embargo era mucho peor. El déficit público para ese año era del 4,1% PIB y su volumen de deuda pública alcanzaba el 114% PIB. Frente a estos datos, el gobierno de Costas Simitis había declarado, respectivamente cifras de un 2% y un 106,2%. Pero el trampantojo seguía montado. En 2003, el déficit ascendía ya al 4,6 % PIB, con previsión de alcanzar el 5,3%.

Frente a estos hechos incuestionables, el Gobierno griego pretendía que las instituciones europeas aceptasen que la celebración por ese país de los Juegos Olímpicos de ese año constituían una de las “circunstancias excepcionales” que permiten en los reglamentos comunitarios superar los niveles de déficit.

Huelga decir cuáles fueron las consecuencias posteriores sobre las que, sin embargo, habremos de volver más adelante¹¹⁶.

¹¹⁶ Baste por ahora recordar tres datos curiosos: en primer lugar, que la institución responsable de arropar esta ingeniería financiera griega fue la celeberrima firma “Goldman Sachs” (de conocido protagonismo más adelante en la denominada “crisis de las subprime”); que por entonces el representante para Europa de esa firma era D. Mario Dragui, actual Presidente del Banco Central Europeo; y, en fin, que el máximo responsable

B-2: LOS CASOS ALEMÁN Y FRANCÉS.

Trataré conjuntamente estos dos supuestos porque ambos serían los causantes del conflicto institucional que acabó produciéndose entre la Comisión y el Consejo, al ser incapaz éste de dictar una Decisión en la que se declarase la concurrencia de un supuesto de déficit excesivo en ambos países y cuyos datos principales resumo a continuación.

En el caso de Alemania, para 2001 su déficit presupuestario era del 2,7% PIB. El problema, sin embargo, es que se había producido un significativo desfase sobre las cifras previstas en el Programa de Estabilidad que ese país presentó el año 2000. Por esta razón, la Comisión formuló al Consejo una primera Recomendación de apertura de PDE, que no fue secundada por la última de estas instituciones.

En 2002, sin embargo, la situación ya no arroja dudas: Alemania alcanzó ese año un déficit del 3,8% PIB y un volumen de deuda del 60,09%. Tras incorporar la Comisión estos datos en su informe anual, Alemania pretendió justificarse alegando la existencia de unas inundaciones producidas ese verano que, obviamente, no impidieron que se abriera contra ella PDE por Decisión 2003/89/CE, de 21 de enero, en la que se formularon unas recomendaciones

del Eurostat, en su condición de Comisario de Asuntos Económicos, era D. Pedro Solbes, que luego acabaría siendo Ministro de Economía del Gobierno español.



sobre adopción de medidas en un determinado plazo. Una vez transcurrido éste, ante la insuficiencia, a juicio de la Comisión, de las medidas adoptadas, se instó al Consejo a adoptar una nueva Decisión declaratoria del incumplimiento alemán. Y es aquí donde empezarán los problemas.

El caso francés resultaba similar. En 2002 su déficit presupuestario era del 2,7% PIB (claramente desviado de la previsión del 1,4% PIB anunciado en su programa de Estabilidad del 2001). Abierto PDE, los días 8 y 11 de octubre del 2002 la Comisión insta al Consejo a adoptar la misma decisión de incumplimiento que la reclamada para Alemania. Y es aquí donde se une la suerte de los PDE de ambos países.

El Consejo se acaba reuniendo en sesión de 25 de noviembre de 2003 para votar las dos decisiones constatando el incumplimiento de Alemania y Francia. Como entonces la normativa comunitaria no contemplaba todavía el principio de adopción de decisiones por “mayoría inversa” – de hecho son estos supuestos los que llevaron a implantar esa regla – las Decisiones no pudieron tomarse en el seno del Consejo por no llegarse a alcanzar la mayoría cualificada exigida.

Haciendo constar esta circunstancia – la imposibilidad de llegar a la “mayoría cualificada” – el Consejo elaboró las que denominó unas “Conclusiones” en las que decía tomar nota de las medidas adoptadas por ambos países en el marco de las recomendaciones que les fueron dirigidas; acoger positivamente los compromisos expresados por sus representantes para poner fin a la situación de

déficit apreciada en su día y, lo que es más importante, “suspender el PDE” para ambos países, si bien se comprometía a adoptar en el futuro la decisión que ahora no pudo adoptar. Y es que, las dos grandes locomotoras de la Unión, debían pasar incluso por encima de la propia legalidad que ellas mismas habían contribuido a crear.

C) BLOQUEO INSTITUCIONAL: REACCIÓN DE LA COMISIÓN.

¿Qué podía hacer la Comisión ante esa circunstancia de “bloqueo”? En teoría dos vías eran posibles jurídicamente. Actualmente están reguladas, respectivamente en los artículos 263 y 265 TFUE (antiguos artículos 230 y 232 TCE).

El art. 263 TFUE regula el denominado RECURSO DE ANULACIÓN, que permite impugnar los actos del Consejo contrarios al derecho europeo cuando éstos tienen eficacia frente a terceros. Pero, en teoría, también se podría plantear el denominado RECURSO DE OMISIÓN previsto en el art. 265 TFUE, previsto para impugnar la ausencia de pronunciamiento del Consejo en violación de los Tratados.

La cuestión era si utilizar una u otra vía ante el Tribunal de Justicia. La Comisión optó por la vía del recurso de anulación, entendiendo que en realidad se había adoptado un “acuerdo tácito” de naturaleza contraria a los Tratados; el Consejo sostuvo ante el órgano jurisdiccional que la falta de acuerdo nunca podía ser



equiparada a “acuerdo tácito”, por lo que la vía procedimental utilizada era inadecuada.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de julio de 2004 (Asunto C-27/04, Comisión vs. Consejo) dio la razón a la Comisión. Naturalmente que las denominadas “Conclusiones” formuladas por el Consejo constituían acto. La prueba está en que habían tomado la decisión, jurídicamente relevante frente a terceros, de suspender el PDE para Francia y Alemania. Por tanto, anuló dichas conclusiones aunque – todo hay que decirlo – sus efectos fueron puramente testimoniales, salvo el hecho de que se acabaran flexibilizando los criterios de apertura del PDE, introduciéndose después la regla de la “mayoría inversa” para tratar de evitar en lo sucesivo este tipo de bloqueos.

D) REGULACIÓN ACTUAL DEL PDE.

Como ya hemos dicho, la vigente regulación del PDE se encuentra hoy en el art. 126 TFUE, así como en el Protocolo 12 del Tratado, desarrollados por el Reglamento 1467/1997 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo, en la redacción que le da el Reglamento 1177/2011 y, en materia de sanciones a los Estados del euro, el Reglamento 1173/2011.

Aunque la interpretación de los supuestos para la apertura del PDE resulta muy flexible (de otra manera, hoy casi todos los Estados europeos estarían incursos en

ese procedimiento), podemos decir que sustancialmente son dos los presupuestos habilitantes:

a) Que el déficit público supere el 3% PIB, salvo que se concurren circunstancias excepcionales y temporales.

Son excepcionales las que obedezcan “... a una circunstancia inusual sobre la cual no tenga ningún control el Estado miembro de que se trate y que incida de manera significativa en la situación financiera de las administraciones públicas, o cuando obedezca a una grave recesión económica” y concurre el requisito de temporalidad “... cuando las previsiones presupuestarias facilitadas por la Comisión indiquen que el déficit se situará por debajo del valor de referencia al término de la circunstancia inusual o de la grave recesión económica” (art. 2.1, del Reglamento 1467/1997).

b) Que la deuda pública supere el 60% PIB. Si rebasara este valor, se entiende como “reducción satisfactoria” que impediría abrir el procedimiento “... en caso de que la diferencia con respecto al valor de referencia haya disminuido en los tres años anteriores a un ritmo medio de una veinteaava parte al año como referencia, sobre la base de los cambios registrados durante los últimos tres años respecto de los que se dispone de datos” (art. 2.1 bis, primer párrafo del Reglamento 1467/1997)¹¹⁷.

¹¹⁷ La posibilidad de abrir PDE por el incremento del volumen de deuda no estaba originalmente contemplada en el Reglamento. Se ha introducido con el Reglamento



A partir de la concurrencia de estos presupuestos generales, la Comisión elabora un INFORME que ha de ser dictaminado por el “Comité Económico y Financiero” en el plazo de dos semanas (art. 3.1 del Reglamento)¹¹⁸. El contenido de ese informe ha de tener en cuenta todos los “factores pertinentes” que afecten de manera significativa a los datos de déficit y deuda. El art. 2.3 del Reglamento menciona como tales las evoluciones a medio plazo, tanto de la situación económica, como presupuestaria y de deuda; la aplicación de reformas de las pensiones que instauren un sistema multipilar de sostenimiento y, en general, el coste de las medidas estructurales de reforma.

Sobre la base del anterior Dictamen, si considera que existe déficit excesivo, la Comisión ha de presentar al Consejo su propio Dictamen y una propuesta, informando de ello al Parlamento Europeo. El Consejo tiene un plazo general de cuatro meses para adoptar su propia Decisión que, en el caso de que se muestre favorable a la adopción de medidas, deberá dar al Estado miembro un plazo de 6 meses para ello (plazo que puede reducirse a tres por razones de urgencia).

1177/2011. Por ello Grecia no tuvo ningún problema para entrar en el euro, a pesar de la clara superación del nivel de su deuda pública en 2001.

¹¹⁸ El Comité Económico y Financiero se previó ya en el Tratado de Maastricht a principios de la tercera fase de la UEM y es un órgano preparatorio de los trabajos del Consejo de la Unión. Los Estados miembros, la Comisión y el BCE nombran a dos miembros cada uno, pudiendo designar dos suplentes.

A partir de este momento (es decir, sin dejar transcurrir el plazo para la adopción de medidas), si el Estado miembro forma parte del Eurogrupo, el Consejo podría aplicar el artículo 5 del Reglamento 1173/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro. En este precepto se prevé la posibilidad de acordar, como medida sancionadora contra el Estado incumplidor, un DEPÓSITO SIN INTERESES, equivalente al 0,2 % de su PIB del ejercicio anterior, que puede acordarse en los veinte días siguientes a la adopción de la Decisión constatando la necesidad de tomar medidas¹¹⁹. El depósito se constituirá ante la Comisión y si el Estado miembro hubiera sido obligado ya a constituir depósito con intereses en la fase preventiva, se producirá una simple transformación de la naturaleza de éste. Hay, por tanto, un “giro de tuerca” sobre la sanción de la fase de control preventivo, en el sentido de que el nuevo depósito ya no devengará intereses para el Estado.

Transcurrido el plazo de 6 ó 3 meses concedido en la Decisión del Consejo pueden darse tres escenarios:

¹¹⁹ También aquí rige el principio de “mayoría inversa”, conforme al cual: “La decisión que obligue a la constitución de un depósito se considerará adoptada por el Consejo a menos que este, por mayoría cualificada, decida rechazar la recomendación de la Comisión en el plazo de diez días a contar desde su adopción por esta”.



1º.- Que el Consejo compruebe (tras el informe de la Comisión) que se han tomado “medidas eficaces”. En este caso se detiene el PDE, que se revisará en el siguiente “Semestre Europeo”.

2º.- Que hayan sobrevenido factores económicos adversos o inesperados, circunstancia que puede legitimar para ampliar el plazo de corrección (generalmente a un año).

3º.- Que no se hayan tomado “medidas eficaces”, sin apreciarse la existencia de factores adversos o inesperados. En este caso, sobre la base de una Recomendación de la Comisión se emanará una nueva Decisión del Consejo, por la vía del art. 126.8 TFUE, informando al Consejo Europeo, en la que ha de concederse un nuevo plazo al Estado miembro idéntico al establecido en el artículo 3.4 del Reglamento 1467/1997¹²⁰.

En este mismo momento, antes del transcurso del plazo, si el Estado miembro pertenece al club del euro, la Decisión del Consejo legitima a la transformación del DEPÓSITO SIN INTERESES en MULTA PECUNIARIA, sobre la base del artículo 6 del Reglamento 1173/2011. Su importe es también del 0,2% PIB del Estado incumplidor y rigen también las mismas reglas de mayoría inversa para su adopción en el Consejo sobre el presupuesto de la Recomendación efectuada por la Comisión.

¹²⁰ Es decir, los plazos de seis meses o de tres, en caso de urgencia.

Transcurrido esos nuevos plazos sin haberse tomado las medidas derivadas de la Decisión del Consejo, a los dos meses como máximo, el Consejo tiene que adoptar una nueva DECISIÓN DE ADVERTENCIA al Estado incumplidor, ex art. 126.9 TFUE. A partir de este momento, el Estado incumplidor pasa a tener un seguimiento especial, muy próximo a la intervención por parte de las instituciones comunitarias pues, como indica el artículo 5.1 bis del Reglamento 1467/1997:

“Tras una advertencia del Consejo en virtud del artículo 126, apartado 9, del TFUE, el Estado miembro de que se trate presentará al Consejo y a la Comisión un informe sobre las medidas adoptadas en respuesta a ella. El informe incluirá los objetivos relativos al gasto y a los ingresos públicos y las medidas discrecionales por el lado tanto del gasto como de los ingresos, así como información sobre las medidas adoptadas en respuesta a las recomendaciones específicas del Consejo, a fin de permitir a este adoptar en caso necesario una decisión de conformidad con el artículo 6, apartado 2, del presente Reglamento. El Estado miembro hará público el informe”¹²¹.

¹²¹ Hay que advertir que hasta aquí, le está vedada, tanto a la Comisión como al resto de Estados Miembros, acudir al Tribunal de Justicia de la Unión para invocar el incumplimiento de los Estados de las reglas de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, pues no otro es el sentido del art. 126.10 TFUE al prohibir en estos casos (los supuestos del 1 al 9 del artículo ejercer el derecho al recurso previsto en los artículos 258y 259 TFUE.



La decisión a que se refiere el precepto anterior con su remisión al artículo 6.2 del Reglamento 1467/1997 no es otra que las sanciones previstas en el artículo 126.11 TFUE que, conforme al citado precepto del Reglamento, han de acordarse en un plazo máximo de CUATRO MESES desde la Decisión de advertencia ex art. 126.9 TFUE¹²². Estas multas se imponen ya a todo estado incumplidor (no sólo, por tanto, a los de la zona euro), y son las siguientes (art. 126.11 TFUE):

- Exigir al Estado miembro de que se trate que publique una información adicional, que el Consejo deberá especificar, antes de emitir obligaciones y valores.
- Recomendar al BEI que reconsidere su política de préstamos respecto al Estado miembro en cuestión.
- Exigir que el Estado miembro de que se trate efectúe ante la Unión un depósito sin devengo de intereses por un importe apropiado, hasta que el Consejo considere que se ha corregido el déficit excesivo.
- Imponer multas de una magnitud apropiada.

Las multas tienen el carácter de sanción general (art. 11 del Reglamento 1467/1997) y según el artículo 12.1 del citado Reglamento, su importe “... abarcará un componente fijo igual al 0,2 % del PIB y un componente variable. El

¹²² Informando el Presidente del Consejo al Parlamento Europeo de las decisiones tomadas al respecto.

componente variable será igual a la décima parte del valor absoluto de la diferencia entre el saldo expresado en porcentaje del PIB del año anterior y el valor de referencia del saldo de las administraciones públicas, o, si el incumplimiento de la disciplina presupuestaria incluye el criterio de deuda, el saldo de las administraciones públicas expresado en porcentaje del PIB que debería haberse alcanzado ese mismo año con arreglo a la advertencia formulada en virtud del artículo 126, apartado 9, del TFUE". El límite, en todo caso, para la multa individual se cifra en el 0,5% PIB (art. 12.3 del Reglamento).

VI. MÁS ALLÁ DEL PEC: EL GOBIERNO ECONÓMICO DE LA UE. EL DENOMINADO "SIX PACK".

Debemos volver aquí a la historia que dejamos interrumpida algunas páginas más atrás sobre el caso griego. De todos es sabido que en 2009, Giorgios Papandreu llegó al poder y reveló que el déficit en ese país iba a ser ya de un 12,5% PIB y que la deuda pública alcanzaba cotas del 113,4% PIB para ese año. Como consecuencia de estas noticias empezaron a ponerse en marcha movimientos especulativos en los mercados que provocaron que, entre el 8 y el 22 de diciembre de 2009, las principales agencias de calificación (Fitch, Standard & Poors y Moodys, por este orden) rebajaran la deuda soberana griega situándola al nivel del "bono basura". Los rumores de cesación de pagos son cada vez más intensos y ello provocó que el ECOFIN de 9 de mayo de 2010 acordara un primer paquete de rescate a Grecia por importe de 750.000 millones de euros.



El fundamento jurídico de este rescate era ciertamente coyuntural: el artículo 122.2 TFUE atribuye al Consejo, a propuesta de la Comisión – con informe posterior al Parlamento Europeo – acordar la ayuda financiera a un Estado miembro. Para ello se firmó un acuerdo intergubernamental denominado “Marco Europeo de Estabilización”.

En sus reuniones de 16 y 17 de marzo de 2010, el Consejo Europeo consideró insuficientes el anterior mecanismo y su fundamentación jurídica, pues la crisis griega amenazaba la estabilidad de toda la zona euro. Se propuso así un nuevo mecanismo de carácter permanente sobre bases normativas más firmes. Para ello, la vía utilizada fue la del artículo 48.6, párrafo 2º del Tratado de la Unión Europea, que permite una MODIFICACIÓN SIMPLIFICADA DE LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS por Decisión del Consejo Europeo, a propuesta de la Comisión y de los Estados miembros siempre que concurren dos condiciones: que no aumenten las competencias de la Unión Europea, y que se ratifique por los Estados miembros por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo, la Comisión y el Banco Central Europeo.

Por esta vía se añadió un apartado 3 al artículo 136 TFUE que dispone lo siguiente: *“Los Estados miembros cuya moneda es el euro podrán establecer un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona euro en su conjunto. La concesión de toda ayuda financiera necesaria con arreglo al mecanismo se supeditará a condiciones estrictas”*.

Este ha sido, pues, el fundamento de dos instrumentos internacionales: el Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE)¹²³ y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria (TECG) de 2 de marzo de 2012. Son Tratados complementarios, de modo que para la obtención de asistencia financiera a partir del 1 de marzo de 2013 hay que haber ratificado también este último.

Hemos de recordar, por último, que en 2011 se aprobaron asimismo los 5 Reglamentos y la Directiva que constituyen el denominado “Six Pack” del Gobierno Económico de la UE. Las normas aprobadas fueron:

- El Reglamento 1173/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro.
- El Reglamento 1174/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2011, relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona del euro.
- El Reglamento 1175/2011, de 16 de noviembre de 2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº

¹²³ Con dos versiones: de 11 de julio de 2011 y de 2 de febrero de 2012.



1466/97, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas.

- El Reglamento 1176/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, de prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos excesivos.
- El Reglamento 1177/2011, del Consejo, de 8 de noviembre de 2011 por el que se modifica el Reglamento (CE) n o 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo.
- La Directiva 2011/85/UE, del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros.

De todos estos Reglamentos, van más allá del PEC los nº 1174/2011 y 1176/2011, al establecer un procedimiento más general para conseguir la estabilidad en la Unión Europea, pues ya no se limitan – como establecía originariamente el PEC – a controlar los factores de déficit y deuda de los Estados miembros de la Unión, sino que se extienden al control de *“... cualquier tendencia que da lugar a una evolución macroeconómica que afecta o puede afectar negativamente al correcto funcionamiento de la economía de un Estado miembro, de la unión económica y monetaria o del conjunto de la Unión”* (art. 2 1) del Reglamento 1176/2011).

Piénsese, por ejemplo, en que una tasa de desempleo como la que tiene España podría ser un claro factor de desestabilidad macroeconómica. Sin embargo, por razones sistemáticas y de espacio, excusamos aquí desarrollar el procedimiento establecido en dichos Reglamentos para la corrección de dichos desequilibrios macroeconómicos

BIBLIOGRAFÍA

AAVV: *“Un pacto presupuestario para una Unión Económica y Monetaria más fuerte”*. BCE. Boletín Mensual. Mayo, 2012.

AAVV: *“El ‘six pack’ de la reforma del Gobierno Económico en la Unión Europea”*. Boletín Económico del ICE, nº 3022. Enero de 2012.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J y SALINAS ALCEGA, S: *“La aplicación del procedimiento de déficit excesivo: los casos de Francia y Alemania. Análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de julio de 2004 (asunto C-27/04, Comisión contra Consejo)*. Instituto de Estudios Fiscales. Rev. Presupuesto y Gasto Público, págs. 9-28. Marzo, 2005.



CALVO HORNERO, M.A. *“Organización monetaria y financiera de la Unión Europea”*. Ed. Ramón Areces, 2014.

STEIL, B: *“La batalla de Bretton Woods”*. Trad. Iván Barbeitos. Deusto, 2016.

**“EL USO DE MEDICAMENTOS FUERA DE FICHA TÉCNICA Y LA
SUSTITUCIÓN DE MEDICAMENTOS BIOLÓGICOS POR
MEDICAMENTOS BIOSIMILARES COMO MEDIDAS DE
AHORRO ECONÓMICO. LA RESPONSABILIDAD DEL
PROFESIONAL Y EL PAPEL DE LAS COMISIONES DE
FARMACIA”**

D. VICENTE LOMAS HERNÁNDEZ

**Doctor en Derecho
Lcdo. CC. Políticas
Jefe de Servicio de Coordinación Jurídica del Sescam**

Fecha de finalización del trabajo: junio 2016

SUMARIO

- I. VIABILIDAD DEL USO DE MEDICAMNETOS FUERA DE FICHA TÉCNICA.
USO COMPASIVO/OFFLABEL**

- II. ALCANCE DE LA LIBERTAD DE PRESCRIPCIÓN Y RESPONSABILIDAD
PROFESIONAL. LA LIBERTAD DE PRESCRIPCIÓN Y LOS LÍMITES
IMPUESTOS POR LA FICHA TÉCNICA**



-
- III. **LEGISLACIÓN AUTONÓMICA REGULADORA DEL USO DE MEDICAMNETOS FUERA DE INDICACIÓN. LAS COMISIONES DE FARMACIA.**
 - IV. **MARCO NORMATIVO ACTUAL EN CASTILLA-LA MANCHA**
 - V. **LA PROBLEMÁTICA ECONÓMICA: EL USO DE MEDICAMNETOS FUERA DE FICHA TÉCNICA CUANDO YA EXISTE ALTERNATIVA TERAPEÚTICA**
 - VI. **EL USO OFFLABEL Y LAS FÓRMULAS MAGISTRALES.**
 - VII. **LA SUSTITUCIÓN DE MEDICAMNETOS BIOLÓGICOS POR MEDICAMENTOS BIOSIMILARES**

Resumen:

El uso de medicamentos para indicaciones fuera de ficha técnica o “*medicamentos de uso compasivo*”, sigue siendo actualmente objeto de importantes controversias, tanto a nivel del profesional sanitario prescriptor, como de las administraciones sanitarias. En el primer caso por las tensiones que surgen entre la libertad de prescripción y las limitaciones impuestas por la normativa reguladora del uso de medicamentos en situaciones especiales, lo que obliga a plantearse las responsabilidades en las que puede incurrir el profesional sanitario. A nivel institucional, las CCAA han intentado regular esta práctica en sus respectivas Instituciones Sanitarias sirviéndose a tal efecto de comisiones regionales de uso racional del medicamento.

A su vez, la crisis económica ha obligado a las distintas Administraciones Sanitarias a explorar nuevas vías para el uso de medicamentos fuera de ficha técnica, especialmente cuando el medicamento que se desea emplear fuera de ficha técnica es igual de eficaz desde el punto de vista clínico que el medicamento autorizado específicamente para el tratamiento de esa determinada patología, y además a menor precio.

Junto a esta otra opción, se ha ido consolidando en el ámbito de la farmacia hospitalaria otras medidas alternativas que, sin comprometer la seguridad del paciente, arrojan excelentes resultados desde el punto de vista del ahorro: la sustitución de medicamentos biológicos por medicamentos biosimilares.

Palabras clave: medicamento.- ficha técnica.- responsabilidad.- comisiones.- uso racional.

I. VIABILIDAD DEL USO DE MEDICAMENTOS FUERA DE FICHA TÉCNICA. USO COMPASIVO/OFF LABEL.

La ficha técnica del medicamento reviste una gran importancia tanto desde el punto de vista asistencial como desde una vertiente jurídica, pues en cierto modo condiciona la válida actuación del profesional prescriptor, y determina la responsabilidad en la que puede incurrir el laboratorio, como así puso de manifiesto la STS de 17 de junio de 2011. La citada resolución judicial confirmó la sentencia recurrida que consideraba que el medicamento Agreal comercializado por el laboratorio médico Sanofi-Aventis, S.A. es defectuoso en sentido legal por insuficiencia del contenido del prospecto con el cual venía siendo comercializado en España.

Como afirma nuestro Alto Tribunal *“Junto al etiquetado, la ficha técnica y el prospecto constituyen vertientes fundamentales del derecho a la información en el ámbito del derecho sanitario, y es lo cierto, y así lo avalan las pruebas que valoran las sentencias, que Agreal producía unos efectos adversos (...) que no estaban incluidos en el prospecto con el cual era comercializado ni tampoco estaban en la ficha técnica todas las reacciones adversas científicamente comprobadas, al menos las que no ofrecen discusión...”*

Por tanto la utilización de los medicamentos por los profesionales prescriptores debe ajustarse a las indicaciones y condiciones de uso autorizadas por las



autoridades competentes, recogidas en la ficha técnica¹²⁴. La Agencia Española de Medicamento y Productos Sanitarios (AEMPS) aprueba la ficha técnica en la que constarán datos suficientes sobre la identificación del medicamento y su titular, así como las indicaciones terapéuticas para las que el medicamento ha sido autorizado, de acuerdo con los estudios que avalan su autorización.

No obstante los medicamentos ya autorizados pueden utilizarse también en el contexto de un ensayo clínico en indicaciones o condiciones distintas a las autorizadas y descritas en la ficha técnica, o incluso al margen de un ensayo clínico; tal sería el caso de la utilización de especialidades farmacéuticas para indicaciones o condiciones de uso distintas de las autorizadas, cuando el médico, bajo su exclusiva responsabilidad, considera indispensable su utilización.

El ya derogado Real Decreto 223/2004, de 16 febrero, que regula los ensayos clínicos con medicamentos, definía el uso compasivo de un medicamento en su art. 28, del siguiente modo *“se entiende por uso compasivo de medicamentos la utilización en pacientes aislados y al margen de un ensayo clínico de medicamentos en investigación, incluidas especialidades farmacéuticas para indicaciones o condiciones de uso distintas de las autorizadas, cuando el médico*

¹²⁴ Art. 15.2 del RD-Legislativo 1/2015 de 24 de julio, define la ficha técnica “La ficha técnica o resumen de las características del producto reflejará las condiciones de uso autorizadas para el medicamento y sintetizará la información científica esencial para los profesionales sanitarios. La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios aprobará la ficha técnica en la que constarán datos suficientes sobre la identificación del medicamento y su titular, así como las indicaciones terapéuticas para las que el medicamento ha sido autorizado, de acuerdo con los estudios que avalan su autorización. A la ficha técnica se acompañará, preceptivamente, información actualizada del precio del medicamento y, cuando sea posible, la estimación del coste del tratamiento.

La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios pondrá la ficha técnica a disposición de los servicios de salud de las comunidades autónomas, de los colegios u organizaciones profesionales, de los médicos, odontólogos, podólogos y farmacéuticos en ejercicio y, en su caso, de los veterinarios en ejercicio. El titular de la autorización estará obligado a poner la ficha técnica actualizada a disposición de las Administraciones sanitarias y de los profesionales en todas sus actividades de promoción e información en los términos establecidos reglamentariamente.

bajo su exclusiva responsabilidad considere indispensable su utilización.”

Actualmente el RD 1015/2009, de 19 de junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales, el uso de medicamentos en condiciones diferentes a las autorizadas (art. 13) exige que estemos ante situaciones en las que se carezca de alternativas terapéuticas autorizadas para un determinado paciente, respetando en su caso las restricciones que se hayan establecido ligadas a la prescripción y/o dispensación del medicamento y el protocolo terapéutico asistencial del centro sanitario. A modo de garantías, el médico responsable del tratamiento deberá justificar en la historia clínica la necesidad del uso del medicamento e informar al paciente de los posibles beneficios y los riesgos potenciales, obteniendo su consentimiento conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

La AEMPS podrá elaborar recomendaciones específicas cuando pueda preverse razonablemente un riesgo para los pacientes derivado de la utilización de un medicamento en condiciones no contempladas en la ficha técnica, cuando se trate de medicamentos sometidos a prescripción médica restringida, o cuando el uso del medicamento en estas condiciones tenga un impacto asistencial relevante, pero en ningún caso será imprescindible obtener la previa autorización de este organismo.

Una de estas modalidades de uso de medicamentos fuera de ficha técnica, es la conocida como *“optimización de dosis”*, o administración de medicamentos en dosis menores y/o pautas de administración diferentes a las estipuladas en sus fichas técnicas, una práctica que a juicio de BERNADES MOLINER, Xavier, y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Juan, resultaría contraria de Derecho por no respetar el doble requisito exigidos en el ya mencionado precepto reglamentario, de una parte *“justificar convenientemente en la historia clínica la necesidad del uso del medicamento”*, y de otra la inexistencia *“de alternativas terapéuticas autorizadas”*. Según los referidos autores *“parece excluir la posibilidad de que puedan llevarse a cabo optimizaciones de dosis sistemáticas por motivos de carácter exclusivamente económico. Al menos en aquellos casos en los que la presentación comercial y las estipulaciones de la Ficha Técnica del producto son ya las adecuadas para el tratamiento del paciente”*.



La AEMPS, la Sociedad Española de Reumatología (SER) y la Sociedad Española de Farmacia Hospitalaria (SEFH), sí se han mostrado favorables a la optimización de dosis de medicamentos biológicos utilizados en reumatología si con ello no se pone en riesgo la seguridad del paciente, y se consigue un importante ahorro económico¹²⁵.

II. ALCANCE DE LA LIBERTAD DE PRESCRIPCIÓN Y RESPONSABILIDAD PROFESIONAL.

La libertad de prescripción y los límites impuestos por la ficha técnica.

La STS- sentencia de 8 de febrero de 2006, establecía en relación con la libertad de prescripción que ésta representa *“la libertad del médico para escoger la solución más beneficiosa para el bienestar del paciente”*. Para ello, puede hacer uso de los *“recursos que le parezcan más eficaces, siempre y cuando sean generalmente aceptados por la ciencia médica o susceptibles de discusión científica de acuerdo con los riesgos inherentes al acto médico”*.

Ahora bien, el médico tiene la obligación de atender las indicaciones contenidas en la ficha técnica del medicamento. Como afirma el TS en su sentencia de 4 de abril de 2001 *“El médico es el prescriptor, el encargado de señalar el tratamiento terapéutico. A veces éste consiste en una o varias intervenciones quirúrgicas, otras en régimen dietético y las más en la prescripción de medicamentos. Así, cuando el médico prescribe un tratamiento consistente en el uso o consumo de un fármaco, incumbe a dicho facultativo la información sobre su utilización y dosificación y ello sin olvidar que también el medicamento está acompañado de una información.*

¹²⁵ Según Rosario García de Vicuña, jefa del Servicio de Reumatología del Hospital de La Princesa, explicó que el ahorro estimado en su servicio durante el primer trimestre de 2013 se había situado en un 18,64 por ciento. Estos resultados los había obtenido al tener un 44 por ciento de los pacientes con optimización, a los que se estaba dando un promedio del 83,2 por ciento de la dosis recogida en ficha técnica.

La selección del medicamento adecuado para el tratamiento de una enfermedad supone un juicio clínico que ha de sopesar y valorar riesgos y beneficios en su operatividad. Conocer la enfermedad y los males que puede generar al paciente en el curso de su evolución, pero ello requiere un acertado diagnóstico, no limitado a un etiquetado o su denominación, sino con relación a los niveles de riesgo. En este punto entra la actividad del medicamento y de los efectos adversos que puedan presentarse en un cálculo de probabilidades que casi siempre tiene que ser aproximativo”

Por otra parte ya hemos visto que el RD 1015/2009, de 19 de junio no reconoce al médico una libertad absoluta para prescribir los medicamentos que considere más convenientes para el paciente, sino que en el caso en que desee desmarcarse de las indicaciones de ficha técnica es preciso que concurren una serie de requisitos: la inexistencia de alternativa terapéutica, y la obtención del consentimiento expreso del paciente.

Son escasos los pronunciamientos judiciales respecto a la valoración de la responsabilidad en la que puede incurrir el profesional sanitario que decide prescribir un fármaco al margen de las indicaciones recogidas en la ficha técnica, pudiendo citar:

1º.- Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Sevilla, de 6 de febrero de 2006, nº 39/2006, rec. 588/2003.

En el presente caso no se discute la posibilidad de que el médico pueda hacer un uso del medicamento distinto al previsto en la ficha técnica, sino la actuación del médico que no acreditó que el tratamiento -Iloprost por vía intravenosa- fuese indispensable, y no se ajustó a lo establecido en el protocolo establecido para los supuestos de autorización del uso compasivo de un medicamento.

La sentencia declara probado que se sometió a la enferma al uso compasivo de un medicamento no indicado para el tratamiento de la hipertensión pulmonar sin que en la obtención de la debida autorización ministerial y de la Dirección del centro hospitalario se hubieran observado las prescripciones legales. A lo anterior añadir la falta de acreditación de que tal uso fuera imprescindible, las graves



irregularidades en el consentimiento informado, que no se ajustaba al modelo que se recoge en el anexo 6 del RD. 561/93, y por último, y pese a la evidencia de síntomas delatores de padecer los efectos secundarios de la medicación que se le estaba administrando, se aumentó la dosis en vez de suspender el tratamiento. La muerte de se produjo a los seis meses de empezar con el tratamiento con Iloprost.

Por tanto, lo verdaderamente relevante a los efectos de determinar si cabe o no exigir responsabilidad patrimonial por defectuoso funcionamiento del servicio público (en el caso objeto de análisis se dilucidaba la responsabilidad objetiva del SAS) no sería tanto si el facultativo prescriptor ha actuado o no dentro de los márgenes de la ficha técnica, como verificar que su proceder se ha ajustado a los cánones de la *lex artis*.

Como ha señalado el Tribunal Superior de Justicia de Valencia en su sentencia de 10 de mayo de 2010, *"con independencia del acierto o error en la prescripción del medicamento para un síndrome depresivo y sin que pueda tenerse en consideración las alegaciones referentes a la aplicación del uso compasivo del medicamento al que se refiere el RD 223/2004, sobre la regulación de ensayos clínicos de medicamentos y no a medicamentos regulados y existentes en el mercado, como el que nos ocupa, lo cierto es que se prescribió y administró en dosis no recomendadas y que ello produjo el Síndrome de Lyell, por el que la paciente falleció como consecuencia de una necrosis epidérmica tóxica produciéndose un daño irreversible por la prescripción de un fármaco, al no utilizar los medios adecuados conforme a la "lex artis ad hoc",- las dosis adecuadas de este y a las circunstancias del caso- una paciente aquejado de un síndrome depresivo - vulnerando "lex artis ad hoc" sin que se cumpla el criterio valorativo de la corrección de los actos médicos que desembocaran en el fallecimiento de la paciente"*.

Desde la óptica de la responsabilidad disciplinaria en la que puede incurrir el médico que presta sus servicios en la sanidad pública, cabría traer a colación dos recientes pronunciamientos judiciales:

2º.- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, nº 391, de 15 de

febrero de 2016, desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Servicio Andaluz de Salud contra la sentencia de instancia que anuló la sanción disciplinaria impuesta a un facultativo del SAS por prescribir un medicamento fuera de ficha técnica.

En este caso el Servicio Andaluz de Salud sancionó a un médico de atención primaria por prescribir a dos pacientes de su cupo el medicamento denominado “Clonazepan” para indicaciones no recogidas en su ficha técnica y sin contar con el consentimiento informado del paciente. La defensa del médico sancionado alegó que no existía falta disciplinaria debido a que el expediente se sustenta exclusivamente en diferencias de orden científico-sanitario. La Sentencia de instancia estimó el recurso interpuesto debido a que la prescripción farmacológica cuestionada fue instaurada por especialistas de salud mental del propio servicio andaluz de salud, y se ha limitado, en su condición de médico de familia, a continuar con la prescripción realizada. Ya veremos más adelante como no siempre los órganos judiciales se muestran tan indulgentes ante situaciones similares, en especial cuando el facultativo actúa por propia iniciativa, sin que otro/s profesionales sanitarios hayan instaurado previamente el tratamiento.

La Sala confirmó el pronunciamiento del juzgado de instancia, y al igual que hiciera la sentencia recurrida en apelación, considera que no resultan merecedoras de sanción disciplinaria el resto de las conductas protagonizadas por el médico recurrente, a saber:

- a).- Existencia de recetas utilizadas por otros facultativos (MIR). Se explica este comportamiento en que estos facultativos carecen de recetario y no tienen asignado entrega de talonarios de recetas, por lo que utilizan las de su tutor o las recetas del médico cuya consulta estén ocupando.
- b).- No hacer constar todos los datos en algunas recetas, lo que se explica debido a que dichas recetas fueron expedidas en régimen atención domiciliaria, o bien porque los pacientes no encontraban o no llevaban documentación suficiente para poder cumplimentarlas en forma. En todo caso no queda acreditado que fuera una conducta habitual fuera de los supuestos de atención domiciliarios o similares.



3º.- Por el contrario la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 2 de mayo de 2016 nº 165, rec nº 345/2014, confirma la sentencia de instancia y confirma la sanción disciplinaria impuesta a un FEA de oncología por prescribir un citotóxico en condiciones distintas a las previstas en la ficha técnica.

La SJC-A nº 2 de Albacete, nº 208, de 30 de septiembre de 2014, ratificó la legalidad de la sanción disciplinaria de suspensión de funciones por un período de dos años al interesado por la dispensación a pacientes oncológicos de un medicamento fuera de ficha técnica¹²⁶.

¹²⁶ Con carácter previo al estudio del fondo del asunto, se plantearon una serie de cuestiones formales, que por su interés merece la pena destacar brevemente:

a) Plazo para dictar y notificar la resolución expresa en un procedimiento disciplinario.

El recurrente consideró que el expediente administrativo había caducado por el transcurso del plazo de 6 meses. No se produce caducidad ya que el plazo para dictar y notificar resolución expresa es de 12 meses conforme a lo previsto en el art. 69 de la Ley 24/2001.

b) La información reservada: ¿debe computarse el citado plazo desde la fecha del acuerdo de incoación, o como pretende la recurrente desde la fecha de apertura de la fase de información reservada?

La Sentencia, en base al criterio recogido en la STSJ de CLM de septiembre de 2009, nos recuerda que las diligencias de información reservada no forman parte del expediente disciplinario, por lo que no se computan un a efectos de caducidad del procedimiento, ni a efectos de interrupción del plazo de prescripción de la conducta sancionable.

Igualmente, y por su particular naturaleza, tampoco debe ser notificada al interesado su apertura.

c) La información reservada: ¿Debe garantizar el principio de contradicción?

Ya he anticipado la respuesta a esta otra interrogante en el apartado precedente. La respuesta es negativa, estamos ante una fase de carácter “reservado” por lo que no está justificada la necesidad de contradicción o de intervención del actor en la práctica de las testificales o restantes pruebas que por parte de la instructora de dicha fase previa se hubiese podido llevar a cabo.

d) Falta de información de los derechos y obligaciones que le asisten al expedientado.

Carece de fundamento este otro alegato, ya que queda acreditado en el expediente que el interesado recibió toda la información necesaria. Así se desprende incluso de la propia llamada telefónica que la instructora del expediente declaró haber recibido del Abogado

Respecto al fondo del asunto, quedó acreditado que el medicamento que le fue administrado a los pacientes estaba indicado para el tratamiento de pacientes adultos con cáncer de pulmón no microcítico (localmente avanzado o metastásico con mutaciones activadores de EGFR-TK). Este último dato reviste una gran importancia ya que el facultativo, sin tener constancia fehaciente de que así fuese, anotaba en las historias clínicas de los pacientes a los que prescribía el medicamento que se trataba de pacientes con EGFR MUTADO. Es decir, se detecta una discordancia entre la anotación que hacía respecto a cada uno de los pacientes indicados y la existencia de unos resultados que aún se desconocían o que se realizaban sobre la base de unas supuestas pruebas que no se acompañaban a las historias clínicas.

Así mismo quedó acreditado que en la aplicación de este medicamento fuera de ficha técnica, no se ajustó a los requerimientos recogidos en el art. 13 del RD 1015/2009, de 19 de junio. Entre tales requisitos, el reglamento estatal exige que el médico responsable del tratamiento justifique convenientemente en la historia clínica la necesidad del uso del medicamento, e informe al paciente de los posibles beneficios y riesgos potenciales.

Los hechos descritos son susceptibles de ser tipificados como una infracción disciplinaria muy grave, *“el notorio incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios”*, sin que se admita el argumento consistente en que el facultativo sancionado no fue en ningún momento informado de las funciones o normas que habría incumplido con su proceder.

del Colegio de Médicos, como por el hecho de haber designado de manera expresa a un abogado.

e) Recusación de la instructora y secretaria.

No concreta cuál es la eventual causa de abstención o recusación en las que podría estar incurso la secretaria o la instructora.

f) Denegación de las pruebas solicitadas.

La denegación de practicar las pruebas propuestas por el actor no resulta infundada, todo lo contrario, la instructora funda su decisión de forma motivada en la innecesariedad y en la falta de pertinencia de la prueba propuesta.



Como afirma la juzgadora “*resulta evidente que el actor no puede quedar al margen de las prescripciones técnicas o protocolos de actuación a los que queda supeditado con ocasión del desempeño de su actividad profesional en la prescripción de medicamentos*”. Para sustentar jurídicamente esta afirmación, la sentencia trae a colación lo dispuesto en el art. 19 del EM, art. 5 de la LOPS, así como los artículos 52 y 53 del EBEP.

La Sentencia es recurrida en apelación por el facultativo sancionado, desplegando a tal efecto la apelante toda una batería de argumentos dirigidos a cuestionar tanto los aspectos formales¹²⁷- la correcta tramitación del expediente

¹²⁷ La Sala desestima todas alegaciones vertidas por la recurrente en relación con la tramitación del procedimiento disciplinario:

- 1.- El plazo de caducidad del procedimiento disciplinario no es el plazo de 6 meses, sino el plazo de 12 meses conforme a lo previsto en la disposición adicional vigésimo novena de la Ley 14/2000, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.
 - 2.- El cómputo de dicho plazo se inicia con el acuerdo de incoación, no como pretende la recurrente a partir de la fecha de conclusión de la información reservada (por todas STS de 3 de julio de 2014).
 - 3.- Inexistencia del derecho del recurrente a personarse en el trámite de información reservada, sin que sea necesario en este trámite facilitar información al interesado sobre sus derechos; sin perjuicio de que para evitar la impugnación del recurrente en la nueva información abierta se le haya facilitado.
 - 4.- La práctica de pruebas con anterioridad a la fecha de su personación no va en detrimento del principio de contradicción, pues desde que se personó en las actuaciones pudo pedir la nulidad.
 - 5.- La sucinta relación de hechos que incorpora el pliego de cargos y que se imputan al interesado no atenta contra el derecho a la defensa del expedientado. La sucinta relación de hechos lo es por remisión a los hechos que constan en la información reservada, de la que se dio entero traslado a la parte por su unión en el expediente. Asimismo en el pliego se cita el artículo que subsume la infracción y sanción.
- Posteriormente, en la propuesta de resolución se hace una concreta y minuciosa relación de hechos probados, imputando hechos concretos en la actuación de cada uno de los pacientes motivando las razones por las que se considera acreditado cada hecho, la subsunción concreta de los hechos en la norma sancionadora, y propuesta de una sanción concreta.

administrativo- como sustantivos- la inexistencia de la conducta constitutiva de infracción disciplinaria-

En cuanto a los aspectos sustantivos, se advierte de las pruebas practicadas que quedó comprobado que según la ficha técnica del fármaco, solo consta indicado para el tratamiento de pacientes adultos con cáncer de pulmón no microcítico con mutaciones activadoras de EGFR-TK, sin que las propiedades farmacológicas del producto amplíen tales indicaciones.

En este contexto, no cabe apreciar uso compasivo porque no consta que se hubiese seguido el procedimiento adecuado para tal fin (art. 1.3 del RD 1015/2009), a lo que habría que añadir las anotaciones practicadas en la historia clínica de los pacientes que no se corresponden con la realidad. En este sentido el expedientado anotó en la historia clínica la mutación antes de recibir el resultado de la determinación por la CUN, en otros casos lo hizo después de recibir el resultado, y en otros sin base documental demostrada.

Respecto a la concurrencia del requisito de *“notoriedad”* a los efectos de cualificar la falta grave en muy grave, y teniendo en cuenta tanto el significado que cabe atribuir a este vocablo por parte del DRAE y del diccionario de María Moliner, así como la interpretación realizada en este mismo contexto por parte de la STSJ de Canarias de 23 de junio de 2014, se aprecia su existencia pues *“los hechos referidos como probados evidencian sin un mayor esfuerzo el desajuste entre el deber de actuación del médico y la acción perpetrada”*.

III. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA REGULADORA DEL USO DE MEDICAMENTOS FUERA DE INDICACIÓN. LAS COMISIONES DE FARMACIA.

La responsabilidad del uso de los medicamentos fuera de la indicación autorizada no debería recaer exclusivamente sobre el profesional, sino que cuando éste presta sus servicios para la Administración debiera ser el correspondiente Servicio



de Salud el que establezca de algún modo el procedimiento a seguir en estos casos, y en particular, delimitar:

- a) El ámbito de aplicación.
- b) La amplitud del informe médico.
- c) El modelo de consentimiento que debe prestar el paciente
- d) La necesidad o no de aprobación previa.

Actualmente las Comunidades Autónomas que han regulado este supuesto previsto en la norma estatal son:

- a) Comunidad Foral de Navarra, mediante Instrucción 2/2009, diciembre.
- b) Aragón. Instrucción de 18 de febrero de 2010.
- c) La Rioja. Instrucción 2/2010.
- d) Andalucía. Resolución SC 0369/09
- e) Valencia. Orden 15/2010, de 17 de noviembre, y más recientemente la Resolución de 29 de junio de 2012, del director general de Farmacia y Productos Sanitarios, sobre instrucciones para la aplicación del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, en materia de prestación farmacéutica.
- f) Murcia.- Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud por la que se publica el acuerdo del Consejo de Administración del Servicio Murciano de Salud por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento de la Comisión Regional de Farmacia y Terapéutica.

En toda la normativa autonómica examinada se respeta la exigencia impuesta por el mencionado reglamento estatal de que no existan alternativas terapéuticas autorizadas, siendo de gran ayuda para su elaboración la creación de comisiones farmacoterapéuticas de ámbito regional. Téngase en cuenta que el art. 85 de la LGURM en la redacción dada por el RD-ley 16/2012, ya establecía (literal) *“En todo caso, la prescripción de un medicamento para su utilización en condiciones diferentes a las establecidas en su ficha técnica deberá ser autorizada previamente por la comisión responsable de los protocolos terapéuticos u órgano colegiado equivalente en cada comunidad autónoma”*¹²⁸. Estamos por tanto ante una obligación para el Servicio de Salud que por otra parte daría respuesta a *“la necesidad de que se aprueben por las CCAA protocolos de tratamiento por patología recomendados desde las instituciones sanitarias y las sociedades médicas, con indicación de los estándares de elección y los beneficios esperados”*. En definitiva, no cabe desconectar la utilización de medicamentos por parte de los profesionales sanitarios fuera de las indicaciones recogidas en la ficha técnica, con la constitución a nivel autonómico de las correspondientes comisiones regionales de farmacia, que se erigen en un factor importante para la racionalización del gasto farmacéutico.

Con anterioridad a la aprobación de la reforma sanitaria de 2012, algunas CCAA ya habían dado los primeros pasos en este sentido:

1. Orden SLT/55/2010, de 8 de febrero, por la que se regula el Consejo Asesor de Tratamientos Farmacológicos de Alta Complejidad (DOGC de 15 de febrero de 2010)

La Orden tiene por objeto regular las funciones y composición del Consejo Asesor de Tratamientos Farmacológicos de Alta Complejidad, adscrito al Área de Servicios y Calidad del Servicio Catalán de la Salud, como el órgano asesor del Servicio Catalán de la Salud sobre el uso racional de los tratamientos farmacológicos de alta complejidad. Los tratamientos farmacológicos de alta complejidad son fármacos preferentemente de utilización hospitalaria e incluidos en supuestos

¹²⁸ Art. 87.5 del RD-Legislativo 1/2015 de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.



tales como, terapias farmacológicas huérfanas, para diagnosticar, prevenir o tratar afecciones con riesgo para la vida o de carácter muy grave, poco frecuentes o medicamentos de terapia avanzada: medicamentos de terapia génica, medicamentos de terapia celular somática y terapia tisular, etc.

2. Orden de 22 de octubre de 2009, de la Consejera de Salud y Consumo, por la que se regula la constitución y funcionamiento de la Comisión de Evaluación del Medicamento de los hospitales del Sistema Sanitario Público de Aragón (BOA de 17 de noviembre de 2009)

Esta otra disposición normativa tiene como objeto la creación de la Comisión de Evaluación del Medicamento en Aragón, como órgano consultivo adscrito al departamento responsable en materia de salud, así como regular las bases del procedimiento para la inclusión de nuevos medicamentos en los hospitales del Sistema Sanitario Público de Aragón.

3. Orden 851/2009, de 30 de noviembre, por la que se crea el Consejo Asesor de Farmacia de la Comunidad de Madrid (BOCAM de 2 de diciembre de 2009).

Crea el Consejo Asesor de Farmacia de la Comunidad de Madrid, como órgano interno de asesoramiento de la Consejería de Sanidad, dependiente del Servicio Madrileño de Salud, con el objetivo de promover una prestación farmacéutica segura, eficiente y coordinada en los distintos ámbitos de la atención sanitaria de la Comunidad de Madrid, basada en una información actualizada, independiente y evaluada que se ajuste a las recomendaciones de la evidencia científica.

Hay que precisar que en el caso de Madrid –la citada Orden 851/2009, de 30 de noviembre, por la que se crea el Consejo Asesor de Farmacia de la Comunidad de Madrid- se declaró nula por STSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 octubre 2010 por no haber seguido el procedimiento adecuado para su elaboración y haber omitido el dictamen del Consejo Consultivo. Algo parecido la sucedió también a Aragón - Orden de 22 de octubre de 2009, de la Consejera de Salud y Consumo, por la que se regula la constitución y funcionamiento de la Comisión de Evaluación del Medicamento de los hospitales del Sistema Sanitario

Público de Aragón- anulada por STSJ Aragón Sala de lo Contencioso-Administrativo de 12 febrero 2013.

A lo largo de los último cuatro años, y tras la reforma sanitaria de 2012, al menos tres CCAA se han dotado de sus respectivas comisiones de farmacia conforme a lo previsto en el art. 85.5 de la LGURM en la redacción dada por el art. 4 del RD-Ley 16/2012 de 20 de abril:

1º.- Islas Baleares. Decreto 86/2015, de 23 de octubre, por el que se crea la Comisión Farmacoterapéutica del Servicio de Salud de las Illes Balears y se regula su composición, organización y funcionamiento.

2º.- La Rioja. Orden de 31 de marzo de 2016, por la que se crea la Comisión Asesora Técnica para el Uso Racional de los Medicamentos del Área de Salud de la Rioja y regula su composición y funciones.

Dicha Orden atribuye a esta Comisión funciones tan interesantes e importantes como la fijación de protocolos para la utilización en los hospitales de medicamentos en situaciones especiales, o la aprobación de pautas de colaboración entre Atención Primaria y Atención Especializada.

3º.- Más recientemente la Comunidad Foral de Navarra, que mediante Orden Foral 42/2016, de 11 de mayo, del Consejero de Salud, ha creado la Comisión Central de Farmacia del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

IV. MARCO NORMATIVO ACTUAL EN CASTILLA-LA MANCHA.

En nuestra región no existe en funcionamiento, pese a estar creada, una comisión de similares características que permitiría dar respuesta tanto a la exigencia impuesta por el legislador estatal (a la que ya me he referido en el apartado precedente) como a diversos problemas prácticos que se plantean en las Instituciones Sanitarias. A modo de ejemplo cabría mencionar las incidencias derivadas del hecho de que la farmacia hospitalaria de cada centro solo pueda



dispensar aquello que los especialistas del propio centro hayan visado y/o supervisado, produciéndose una curiosa paradoja respecto de aquéllos pacientes que tienen su tarjeta sanitaria adscrita a su centro correspondiente pero que, en cambio están siendo atendidos por otro centro sanitario que no es el suyo de "referencia". La problemática surge por la "*variabilidad de la práctica clínica*", que hace que distintos especialistas de distintos servicios de una misma especialidad pertenecientes a diferentes hospitales, sigan protocolos diferentes como tratamiento para una misma enfermedad.

A lo anterior habría que añadir que las distintas comisiones de farmacia de cada uno de los hospitales incluyen en su "*arsenal terapéutico*", distintos fármacos para cada una de esos tratamientos, y muchos de ellos de un gran impacto económico.

La Ley Castilla-La Mancha 5/2005 de 27 junio 2005, modificada por la Ley 2/2015, de 19 de febrero establece en su artículo 49 las funciones de la farmacia hospitalaria¹²⁹. Como se puede comprobar fácilmente las funciones de esta

¹²⁹ Son funciones de la farmacia hospitalaria: a) Asumir la responsabilidad técnica de la adquisición, calidad, conservación correcta, cobertura de las necesidades, custodia y dispensación dentro del centro de los medicamentos y de los productos sanitarios de uso habitual farmacéutico y de aquellos otros que exijan especial vigilancia, supervisión y control por parte del equipo multidisciplinario de atención a la salud. b) Elaborar y dispensar fórmulas magistrales y preparados oficinales, de acuerdo con los controles de calidad que se establezcan, para su aplicación en el centro. c) Establecer un sistema eficaz y seguro de distribución de medicamentos a pacientes en el centro con la implantación de medidas que garanticen su correcta administración y controlar los medicamentos almacenados en los depósitos de planta. d) Custodiar y dispensar los productos en fase de investigación clínica. e) Velar por el cumplimiento de la legislación sobre estupefacientes y psicótrpos o cualquier medicamento que requiera un especial control. f) Formar parte de las comisiones hospitalarias en que puedan ser útiles sus conocimientos para la selección y evaluación científica de los medicamentos y de su empleo. g) Participar activamente en la elaboración del formulario de medicamentos y de los protocolos de utilización de medicamentos y en actividades de farmacocinética clínica. h) Establecer un servicio de información de medicamentos para todo el personal del hospital, un sistema de farmacovigilancia intrahospitalario y servir de cauce para la comunicación de las reacciones adversas a los medicamentos detectados en el hospital. i) Llevar a cabo actividades educativas sobre cuestiones de su competencia dirigidas al personal sanitario

unidad administrativa quedan circunscritas a lo previsto en el correspondiente protocolo, y dentro del ámbito localizado de su propio centro hospitalario; por tanto puede suceder perfectamente que un mismo paciente pueda recibir distinto tratamiento farmacológico en dos hospitales de la red sanitaria pública. El artículo único de la Ley 2/2015, de 19 de febrero, por la que se modifica la Ley 5/2005, de 27 de junio, de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha, añadió al art. 10 un nuevo apartado, el apartado 4 con la siguiente redacción:

“Se crea la Comisión Regional del Uso Racional del Medicamento, con el fin de servir de ámbito de coordinación de la política farmacéutica de la Consejería competente en materia de sanidad. Reglamentariamente se determinará su composición y funciones”.

Sin embargo aún no se ha regulado su composición y funcionamiento, una regulación que, de existir, permitiría:

- 1.- Unificar los criterios de utilización de medicamentos y productos sanitarios en las áreas integradas de salud
- 2.- Consensuar el proceso de selección de medicamentos incluidos en las diferentes guías farmacoterapéuticas del Sescam, y de los Servicios de Farmacia Hospitalaria.

del hospital y a los pacientes. j) Ejecutar trabajos de investigación propios o en colaboración con otras unidades o servicios y participar en los ensayos clínicos con medicamentos. k) Colaborar con las estructuras de atención primaria y especializada de la zona en el desarrollo de las funciones señaladas en el art. 87 de la Ley del Medicamento y particularmente colaborar con las oficinas y servicios de farmacia. l) Garantizar y asumir la responsabilidad técnica de la elaboración, calidad, conservación correcta, cobertura de las necesidades, custodia y distribución de los preparados para nutrición artificial (enteral o parenteral). m) Colaborar con el área de dietética. n) Preparar citostáticos. ñ) Promover el uso racional del medicamento en su servicio y hospital. o) Aquellas otras que reglamentariamente se establezcan.



3.- Asesorar sobre los aspectos relacionados con los tratamientos farmacológicos de alta complejidad/elevado coste.

4.- Valorar las solicitudes de autorización, renovación, suspensión o finalización de este tipo de tratamientos farmacológicos.

5.- Formular propuesta de protocolos para la utilización de medicamentos fuera de la indicación autorizada, dotando así de mayor seguridad jurídica a la actuación de los profesionales sanitarios del Servicio de Salud.

V. LA PROBLEMÁTICA ECONÓMICA: EL USO DE MEDICAMENTOS FUERA DE FICHA TÉCNICA CUANDO YA EXISTE ALTERNATIVA TERAPÉUTICA.

En el actual contexto de crisis económica, la pretensión de utilizar por parte de los gestores un medicamento para una finalidad distinta a la recogida en la ficha técnica cuando, en cambio, sí hay un medicamento ya autorizado para el tratamiento de la patología de que se trate, y que resulta igualmente eficaz que éste último, y a un precio considerablemente menor, constituye una alternativa muy atractiva para el gestor. En realidad se trataría de un supuesto que tendría difícil encaje dentro de los medicamentos de uso off label, encontrándose más bien, y siendo generosos, ante una situación de “alegalidad”.

Para ilustrar este supuesto, nada mejor que acudir a casos reales como el protagonizado por la Agencia Valenciana de Salud, que emitió el 29 de julio de 2010, en colaboración con la consejería de Sanidad de esta comunidad autónoma, una resolución para la declaración como medicamentos de alto impacto socioeconómico a los fármacos antiangiogénicos, así como para el establecimiento de los criterios clínicos en la degeneración macular asociada a la edad (DMAE). Para ello, y con el fin de establecer una recomendación de cara a los facultativos del servicio valenciano, la Agencia comparó el coste-efectividad de ranibizumab (Lucentis), fármaco aprobado para el tratamiento de la DMAE, con el de

bevacizumab (Avastin), que no está autorizado para dicha indicación, con lo que podría estar incurriendo en varias ilegalidades.

Para realizar la comparación desde el punto de vista científico-médico, y ante, según la Agencia, "el desinterés del fabricante (de Avastin) en registrar la indicación", se ha recurrido, principalmente, a los resultados del estudio CATT, que demuestra un perfil similar de eficacia entre ambas opciones (ranibizumab 0,5 mg y bevacizumab 1,25 mg), aunque reconoce un perfil inferior en cuanto a la seguridad que ofrece Avastin.

Según los cálculos realizados por las autoridades sanitarias de esta comunidad, el coste anual del tratamiento con ranibizumab, en caso de que se fraccione el envase (una práctica que ha sido desaconsejada por algunos expertos y por la propia FDA por los riesgos de contaminación) y se aplique de forma mensual, ascendería a los 9.648 euros (5.690 si fuera a demanda). En cambio, el coste anual de un tratamiento con Avastin fraccionado sería de 48 euros si se aplica con periodicidad mensual, y 31 si fuera a demanda. A partir de ahí, la agencia exige fraccionar las dosis con ambos fármacos y deja la puerta abierta a que el médico decida si administra uno u otro¹³⁰. Según la Sociedad Española de Farmacia Hospitalaria (SEFH), en su estudio realizado en el año 2011, afirmaba que la utilización de bevacizumab (Avastin) frente a Lucentis proporcionaría un ahorro al Sistema Nacional de Salud de entre 132 y 226 millones de euros al año.

Desde el punto de vista de la seguridad del paciente y de la eficacia clínica del fármaco parece no existir duda alguna a la vista de los estudios científicos realizados. Tampoco resultaría rechazable esta opción desde una perspectiva ética: ninguno de los dos grandes principios bioéticos se resentiría con la implantación de esta medida, más bien todo lo contrario, no se ocasionaría daño alguno al paciente (principio de no maleficencia), a la par que estaríamos ante una medida que permitiría destinar recursos para atender a más pacientes afectados por esta patología. Sin embargo el principal escollo cabría encontrarlo en el plano jurídico, ¿admitirían los tribunales la legalidad de una medida de estas características? Y de no ser así, ¿acaso no se estaría favoreciendo los intereses

¹³⁰ fuente: www.elglobal.net



económicos de la industria farmacéutica que, tras el blindaje proporcionado por el ordenamiento jurídico, primarían sobre el interés general?.

A la vista de los escasos precedentes judiciales, cabe aventurar que la implantación de una medida de estas características muy probablemente se vería abocada al fracaso. Quizá pueda servir como aviso la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 19 de diciembre de 2013, nº 911/2013, rec. 1267/2011. La Sala se pronunció sobre la legalidad de la resolución dictada por el Consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid en un procedimiento sancionador, mediante la que se impusieron cinco sanciones a un médico por importe total de 216.003 euros.

La resolución considera que el médico había llevado a cabo un ensayo clínico, actuando como promotor y como investigador principal, sin contar con autorización, sin haber recibido dictamen favorable del CEIC y habiendo obtenido el consentimiento informado de los pacientes facilitando una información no veraz.

En concreto se trataba de que pacientes VIH con carga viral 50 copias/ml que estaban en tratamiento con inhibidores de la proteasa se cambiasen a un tratamiento con raltegravir y, además, que lo tomaran una vez al día, en vez de dos veces al día, que era la administración aprobada. Es decir, en el proyecto presentado se pretendía administrar raltegravir en una sola toma diaria, cuando la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios había autorizado la comercialización del medicamento para su administración en dos tomas diarias.

El interesado, por el contrario, defiende que el estudio realizado no era un ensayo clínico sino un estudio observacional de tipo prospectivo ya que se evaluaban productos ya comercializados, y las estrategias terapéuticas evaluadas formaban parte de la práctica clínica habitual en ese momento.

La finalidad del ensayo clínico es, en esencia, determinar la seguridad y/o eficacia de un medicamento en investigación, considerando como tal el definido en el artículo 2.d) del Real Decreto citado. El cambio de medicación y de las tomas autorizadas son características del ensayo clínico que están prohibidas en el

estudio post- autorización observacional, el cual requiere que a los sujetos del estudio no se les prescriba un medicamento determinado y que, además, sigan tomando el suyo de la manera habitual.

Por el contrario, la finalidad del estudio post-autorización de tipo observacional es la de completar la información previamente obtenida sobre un medicamento ya autorizado, que no puede ser tratado como medicamento en investigación.

El Tribunal confirma la resolución sancionadora por considerar que en realidad se trataba de un “ensayo clínico” que no se ha ajustado a las formalidades reglamentarias, y subraya asimismo- FJ Décimo- la importancia de cumplir escrupulosamente con las exigencias impuestas por el Ordenamiento Jurídico, que también se hacen extensibles a los supuestos de uso de medicamentos para condiciones diferentes a las establecidas en ficha técnica (RD 1015/2009, de 19 de junio).

Más recientemente la STS de 28 de marzo de 2016 nº 696/2016, rec. 2415/2013, ha puesto en de manifiesto la dudosa legalidad de algunas de las medidas de uso racional del medicamento puestas en marcha por las distintas administraciones sanitarias autonómicas. En este caso en concreto en el punto de mira se encontraba el programa de intercambio de equivalentes terapéuticos, y lo que se discutía era la sustitución del medicamento prescrito por el médico por otro medicamento con distinta composición con similar mecanismo de acción. Es decir, en este otro supuesto no se ve afectada la libertad de prescripción pero sí la dispensación del medicamento prescrito, sustituido por otro distinto, invocando para ello argumentos de naturaleza económica.

Según las Instrucciones aprobadas por el Director General de Coordinación Territorial y Medio Abierto del Ministerio del Interior, dirigida a los Centros Penitenciarios, sobre prescripción de medicamentos, “*Equivalente terapéutico*” es -según el Anexo- “ *todo medicamento diferente de otro en su estructura química del original, pero del que se espera un efecto terapéutico y un perfil de reacciones adversas similares cuando se administra a un paciente en dosis equivalentes*”. Para ello se exige pertenecer al mismo grupo o clase farmacológica (es decir con principios activos con similar mecanismo de acción y/o estructura química



similar). Cuando se consideren equivalentes dos medicamentos se entiende que es para una indicación concreta en la que ambos estén formalmente indicados, que tengan una eficacia terapéutica equivalente, siendo la Comisión Central de Farmacia la que valora *"los estudios y la información disponible de fármacos potencialmente equivalentes"*. Debe tener una seguridad equivalente, lo que se infiere de los ensayos clínicos controlados, procediendo la CCF a revisar el programa de intercambio terapéutico de forma continuada en base a los estudios de utilización de medicamentos y a la información actualizada que vaya surgiendo.

El procedimiento que establece la Instrucción se puede sintetizar en los siguientes pasos: a) Se informa al médico prescriptor que el medicamento no figura en la GFT, no más tarde de las 24 horas de su prescripción, con entrega de un impreso con dos copias (una queda en poder del farmacéutico y la segunda en la historia clínica); b) Se suspenderá el tratamiento cuando se trate de fármacos de valor terapéutico intrínseco bajo, lo que se hará constar en el impreso por el farmacéutico; c) Si el médico prescriptor acepta el IT, firmará su conformidad en el impreso y la farmacia procederá a la sustitución propuesta; d) Si el médico no acepta el IT, lo deberá justificar por escrito, al que podrá acompañar la documentación que estime pertinente, todo lo cual se remitirá a la CCF; e) Hasta que no resuelva la CCF se suministrará al interno la medicación prescrita, salvo que el médico prescriptor no haya cumplimentado las razones justificativas o que éstas sean manifiestamente irrelevantes, casos en los que se procederá a la sustitución; f) Una vez emitido dictamen por la CCF, la sustitución propuesta no podrá ser ya cuestionada.

En el recurso se alega la infracción de los artículos 8, 85 y 86.2 de la Ley 29/2006, de 26 de junio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; aduciendo el Consejo General recurrente que en virtud de esos preceptos legales no está permitido que se cambie o sustituya un medicamento sujeto a receta médica por otro de distinta composición.

La posibilidad de que el farmacéutico sustituya el medicamento prescrito por el médico por otro diferente se admite con carácter excepcional y que *"en todo caso"*, el medicamento de sustitución *"deberá tener igual composición, forma*

farmacéutica, vía de administración y dosificación" que el medicamento prescrito, debiendo además informarse en todo caso al paciente sobre la sustitución llevada a cabo.

Tales limitaciones no han sido observadas porque la Instrucción en cuestión, en lugar de exigir que el medicamento de sustitución tenga "*igual composición, forma farmacéutica, vía de administración y dosificación*", establece que el medicamento de sustitución tenga un "*similar mecanismo de acción*" o una "*estructura química similar*" al medicamento prescrito por el médico. En definitiva, tal previsión no resulta compatible con el precepto legal que únicamente contempla la sustitución del medicamento en supuestos excepcionales, y precisando que, en todo caso, el medicamento de sustitución "*deberá tener igual composición, forma farmacéutica, vía de administración y dosificación*".

Como recoge la sentencia, "*Ni la política de racionalización del gasto público ni la singularidad del contexto penitenciario a la que alude la Sala de instancia son títulos suficientes para que ese concreto ámbito, y en virtud de una Instrucción como la aquí controvertida, pueda permitirse la sustitución de los medicamentos prescritos por el médico en unos términos menos estrictos que los fijados en la Ley con carácter general*".

Un duro revés a los programas de intercambio terapéutico que muchos consideran que podría extrapolarse al ámbito de los Servicios de Salud de las CCAA, y en particular a las medidas de sustitución de medicamentos biológicos por medicamentos biosimilares, lo que será objeto de análisis más adelante.

VI. EL USO OFF LABEL Y LAS FÓRMULAS MAGISTRALES.

Por último, respecto al empleo de fórmulas magistrales, hemos de tener presente que éstas, a diferencia de las especialidades farmacéuticas, constituyen un medicamento destinado a un paciente individualizado, preparado por el farmacéutico para cumplimentar expresamente una prescripción facultativa, o como ha señalado la STS de 7 de noviembre de 1991, se trata de un preparado



que se elabora de forma extemporánea para atender a un paciente individualizado, según prescripción médica. Este acto médico, que implica una orden al farmacéutico, configura la fórmula magistral en todo su contenido y circunstancias.

Por el contrario las especialidades farmacéuticas, además de precisar de una autorización sanitaria otorgada por la Administración del Estado y su inscripción en el Registro correspondiente, están caracterizadas por tener una composición e información definidas, dispuestas y acondicionadas para su dispensación al público en función de su uso medicinal inmediato, con denominación, embalaje, envase y etiquetado uniformes.

Así pues, en este otro caso no cabría apreciar obstáculo alguno en el empleo de fórmulas magistrales pese a estar ya autorizada una especialidad farmacéutica específica para esa indicación. Como afirmó el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución de 23 de mayo de 2005, a raíz de la negativa del laboratorio Abbott a suministrar la sustancia activa “sibutramina” a los farmacéuticos formulistas, se afirma por parte del Tribunal que *“Existe una regla de carácter general en el art. 57 que modera la explotación del objeto de la patente por motivos de legalidad, moralidad, orden público o salud pública, y en el art. 52 quedan limitados los derechos conferidos por la patente, de forma que éstos no se extienden, entre otros casos, “a la preparación de medicamentos, realizada en las farmacias extemporáneamente y por unidad en ejecución de una receta médica ni a los medicamentos así preparados”.*(...) *El precepto citado, interpretado en sus términos literales, debe ser entendido en el sentido de que su aplicación en un caso concreto, exige como requisito previo de carácter imprescindible, la existencia de una receta médica que reúna las circunstancias establecidas en el ordenamiento jurídico (...)* Esta interpretación también coincide con la legislación del sector sanitario que atribuye a la fórmula magistral un carácter meramente complementario de las especialidades farmacéuticas, vinculando sus efectos a la receta médica propia y única para cada paciente”.

VII. LA SUSTITUCIÓN DE MEDICAMENTOS BIOLÓGICOS POR MEDICAMENTOS BIOSIMILARES.

La sustitución de medicamentos biológicos constituye hoy día una de las cuestiones más polémicas en el ámbito del derecho farmacéutico, en particular debido a la Orden Ministerial SCO/2874/2007, por la que se establecen los medicamentos que constituyen excepción a la posible sustitución por el farmacéutico con arreglo al artículo 86.4 de la Ley 29/2006. El precepto legal equivalente al art. 86.4 de la derogada LGURM lo constituye el actual art. 89.4 del RD-Legislativo 1/2015, de 24 de julio, con idéntica redacción:

“Quedarán exceptuados de esta posibilidad de sustitución aquellos medicamentos que, por razón de sus características de biodisponibilidad y estrecho rango terapéutico, determine el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad”.

A su vez la Orden especifica que:

“No podrán sustituirse en el acto de dispensación sin la autorización expresa del médico prescriptor [...] los medicamentos biológicos (insulinas, hemoderivados, vacunas, medicamentos biotecnológicos) [...]”

Pero, ¿qué es un medicamento biológico? Un medicamento biológico, a diferencia de un medicamento químico, la sustancia activa es una sustancia biológica, es decir se elabora a partir de un organismo vivo. El medicamento biosimilar sería una versión muy parecida, pero no idéntica al medicamento biológico. Por decirlo de otro modo, el medicamento biosimilar se podría equiparar al medicamento genérico del medicamento químico de marca original. En la actualidad, la mayor parte de los fármacos biológicos se prescriben por médicos especialistas y se dispensan por los servicios de farmacia hospitalaria, lo que plantea la cuestión de si este tipo de medicamentos son susceptibles de quedar incluidos dentro de los Acuerdos Marco para la adquisición de medicamentos¹³¹. Para ilustrar la

¹³¹ La Agencia Valenciana de Salud ha aprobado una Resolución de 21 de septiembre de 2012, para establecer un mecanismo específico de solicitud para la prescripción y dispensación de tratamientos con medicamentos biológicos de uso en reumatología que



importancia que reviste desde el punto de vista práctico esta cuestión, en el Complejo Hospitalario de Albacete el cambio de la hormona del crecimiento original (medicamento biológico) a la biosimilar Omnitrope supuso un importante ahorro de costes debido al número de pacientes que requieren esta terapia¹³².

La cuestión de fondo consiste, por tanto, en determinar si esta previsión reglamentaria limita su ámbito de aplicación exclusivamente a la dispensación de este tipo de medicamentos en oficinas de farmacia, o si también afecta a servicios de farmacia hospitalaria. Obviamente en este último supuesto no resultaría factible la sustitución del tratamiento con medicamentos biológicos, y por tanto, habría que articular procedimientos administrativos específicos para la adquisición de estos medicamentos biológicos de marca que, por esta vía, pasarían a adquirir la condición de productos singularizados. En este sentido hay que tener presente que estamos ante un mercado muy jugoso en el que las compañías farmacéuticas presionan para limitar la disponibilidad de biosimilares, y por otra parte los propios profesionales prescriptores, ante las posibles dudas sobre la seguridad de este otro tipo de medicamentos, esgrimen la libertad de prescripción¹³³.

La SER, favorable al uso off label de medicamentos como ya señalaba al comienzo del presente artículo, en cambio se ha mostrado abiertamente contraria a las sustituciones que desde los Servicios de Farmacia Hospitalaria se vienen realizando, por entender que es el médico el único capacitado para iniciar, mantener, discontinuar o intercambiar fármacos biológicos, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso (incluidas las económicas), con el acuerdo del paciente, careciendo la Farmacia Hospitalaria de la facultad de sustituir biológicos sin la autorización del médico prescriptor. A juicio del presidente de esta sociedad

asegure unos criterios homogéneos en su selección y utilización en todos los centros sanitarios de la Agencia Valenciana de Salud, garantizando la igualdad de acceso de los pacientes a dichos tratamientos.

¹³² *"Medicamentos Biosimilares"*. Varios autores. Boletín Farmacoterapéutico de Castilla-La Mancha. Servicio de Salud de Castilla-La Mancha. Volumen XVI, nº 4.

¹³³ La STSJ de Madrid, nº 186/2015, sobre la libertad de prescripción establece que debe enmarcarse en el ámbito de las disposiciones promulgadas en materia de racionalización del gasto farmacéutico. No es un derecho absoluto ni ilimitado.

científica, el médico debe tener la posibilidad de prescribir cualquiera de los fármacos que hayan sido aprobados por el MSSSI. Las Comisiones de Farmacia carecerían de la potestad de seleccionar los fármacos que van a estar disponibles en un hospital, al no estar contemplada esta posibilidad en el RD 521/1987, de 15 de abril, por el que se regula Estructura, Organización y Funcionamiento de los Hospitales gestionados por el Insalud.

Respecto de esta última apreciación, tan solo decir que la mayoría de los expertos consideran este tipo de programas de intercambios terapéuticos correctos, *“se trata de una aplicación de la ética de los costes sin menoscabo alguno para la salud de los pacientes”* que además avalan los órganos administrativos y judiciales, como a continuación tendremos ocasión de ver.

Los tribunales administrativos de resolución de recursos contractuales han defendido este tipo de prácticas para favorecer un uso racional del medicamento, sin que supongan una restricción indebida de la concurrencia, añadiendo en relación con la licitación de este tipo de medicamentos en el ámbito hospitalario, que la limitación del artículo único de la Orden de 2007 no afectaría a la farmacia hospitalaria y que, en todo caso, si por razones de índole clínica fuese preciso la adquisición de otro tipo de medicamentos diferentes de los adjudicados, se podría hacer sin problema alguno.

Así la Resolución nº 394/2015 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, de 17 de Noviembre de 2015, resuelve el recurso interpuesto contra el anuncio y los pliegos que rigen un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada para la adquisición de medicamentos con lote único por principio activo. En el recurso se solicitaba la anulación del anuncio y de los pliegos en base a los siguientes motivos:

1. La configuración del suministro con un objeto único -sin división en lotes- vulnera el artículo 86.3 del TRLCSP, al incluirse en un solo lote medicamentos biológicos y sus biosimilares.

El Tribunal considera que la configuración en un lote único encaja plenamente con las previsiones del artículo 86 del TRLCSP pues el elemento principal determinante



es el principio activo, con independencia de la existencia de uno o varios laboratorios que puedan ofertarlo. A lo anterior cabría añadir la discrecionalidad del órgano de contratación que se extiende a la determinación del objeto contractual de acuerdo con sus necesidades

2. La obligación de prescripción de los medicamentos biológicos por denominación comercial, y el hecho de que tales medicamentos no puedan ser sustituidos en la dispensación ya sea en las oficinas de farmacia, ya en los servicios de farmacia hospitalaria, conlleva a que no puedan participar en la licitación cuestionada tanto el medicamento biológico como sus biosimilares, aunque todos contengan el mismo principio activo.

La respuesta del Tribunal: La Orden SCO 2847/2007 ya deja a salvo la posibilidad de sustitución cuando el médico prescriptor así lo autorice. En todo caso el carácter sustituible o no de los medicamentos biológicos en el ámbito hospitalario es una cuestión de carácter clínico y asistencial que no tiene por qué afectar a la configuración del objeto del contrato por principio activo. En aquellos supuestos clínicamente justificados en los que fuese necesario prescribir otra denominación comercial que no sea la adjudicada, el médico puede hacerlo sin más limitaciones.

En términos parecidos se manifiesta la Resolución nº 1042/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 12 de Noviembre de 2015- publicada al igual que la anterior en el Boletín de Derecho Sanitario y Bioética del Sescam, mes de abril de 2016- sobre el recurso interpuesto por FARMAINDUSTRIA contra los pliegos del procedimiento *“Acuerdo Marco para el suministro de hormona de crecimiento (Somatropina) con destino a los Servicios de Farmacia de los hospitales dependientes del Servicio Murciano de Salud*, se pronuncia sobre la configuración de lote único para medicamentos biológicos y biosimilares, y señala que *“Si van a ser tres los adjudicatarios y se va a tener en cuentas las indicaciones de sus hormonas a la hora de adjudicar, prácticamente van a quedar cubiertas casi todas las indicaciones previstas por la Agencia de Medicamentos, afirmando que ninguna hormona quedará excluida de la prestación farmacéutica en la Región de Murcia como consecuencia de este expediente. Para ello, manifiestan que si algún paciente precisa tratamiento para una indicación autorizada que no se cubriera con alguna de las tres marcas que se*

adjudiquen, se dispone de mecanismos para adquirir el preparado fuera del Acuerdo Marco para los pacientes que lo necesiten.

Respecto al carácter no sustituible de los medicamentos biológicos, el TACRC establece que *"...como bien señala el órgano de contratación el artículo 86 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos, se refiere a la dispensación farmacéutica y queda claro que en el caso que nos ocupa se trata de la adquisición de medicamentos con destino a determinados hospitales del SERMAS, esto es de uso hospitalario"*.

Parecido es el enfoque del TACP de la CAM, que en su Acuerdo de 17 de septiembre de 2014, se pronunciaba sobre la supuesta vulneración de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos por el Acuerdo Marco PA 06/2014 para el suministro de medicamentos que contienen como principio activo Somatropina. En concreto, la posible violación del artículo 86 de dicha norma, que como ya he dejado indicado en apartados anteriores, bajo la rúbrica *"Sustitución por el farmacéutico"* permite que el farmacéutico no dispense el medicamento prescrito, con la excepción de aquéllos que, por razón de sus características de biodisponibilidad y estrecho rango terapéutico, determine el Ministerio de Sanidad y Consumo.

El Tribunal comparte la premisa inicial de la recurrente, a saber, que este tipo de medicamentos no son intercambiables, pero aún así considera que el Acuerdo Marco no llega a la conclusión de la sustituibilidad de un medicamento por otro; entre los argumentos empleados para advenir esta afirmación, establece que *"...el artículo 86 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos, se refiere a la dispensación farmacéutica y queda claro que en el caso que nos ocupa se trata de la adquisición de medicamentos con destino a determinados hospitales del SERMAS, esto es de uso hospitalario"*. Asimismo *"Tampoco se vulnera el artículo 88 de dicha norma en el que se reconoce el derecho de todos los ciudadanos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar la prescripción y la utilización de medicamentos y productos sanitarios que puedan adoptar las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias, puesto que el PCAP no restringe el tipo de*



medicamentos con principio activo de Somatropina a ofertar. De esta forma a través de la selección previa del Acuerdo Marco, los Hospitales podrán en principio adquirir todos los medicamentos con tal principio activo que se oferten por debajo del precio mínimo de licitación establecido y cumplan el resto de requisitos, que por otra parte no han sido impugnado por la recurrente. Así del contenido del Acuerdo Marco nada autoriza a concluir que se vaya a producir como consecuencia del mismo una sustitución masiva de los tratamientos instaurados previamente a los pacientes, como afirma la representación de Farmaindustria".

Por último el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi, que en su Resolución de 28 de julio de 2015, estimaba el recurso especial interpuesto por una empresa farmacéutica que había sido excluida de la licitación para el suministro de epoetina alfa. En este caso, y a diferencia de los anteriores, es el propio Servicio de Salud quién defiende la vigencia del principio de no sustitución de medicamentos biológicos en el ámbito de la farmacia hospitalaria.

La mercantil recurrente es titular del medicamento Retacrit, que es una eritropoyetina biosimilar a epoetina alfa. El pliego del contrato rector del Acuerdo Marco para el suministro de epoetina alfa (DOE), exige que en la ficha técnica de los medicamentos ofertados debe constar expresamente que el medicamento contiene epoetina alfa. Esta condición impide presentar oferta a un medicamento (Retacrit) a pesar de ser un medicamento biosimilar a epoetina alfa, y de que las autoridades sanitarias consideren a epoetina alfa y epoetina zeta un mismo principio activo.

Osakidetza justifica la legalidad de los pliegos en el carácter insustituible de este tipo de medicamentos biológicos, invocando expresamente la Orden de 28 de septiembre de 2007, por la que se establecen los medicamentos que constituyen excepción a la posible sustitución por el farmacéutico. Según el planteamiento de la Administración, el fin que persigue el contrato es el de la continuidad de los tratamientos iniciados con este principio activo, poniéndose de manifiesto que conforme a dicha Orden únicamente los prescriptores pueden sustituir este medicamento por otro y que, si los médicos decidieran iniciar tratamientos con otras epoteinas, se iniciaría el correspondiente expediente de contratación.

Según el órgano vasco, esta medida constituye una barrera a la licitación que infringe el art. 117.8 del TRLCSP, estamos ante un medicamento biosimilar con las mismas indicaciones terapéuticas y que se encuentra en el mismo grupo terapéutico, de modo que emplear el argumento de restringir la compra del medicamento a un principio activo concreto no es suficiente, más bien al contrario, justifica el que se pueda ampliar a medicamentos biosimilares.

Igual de contundente se han mostrado los órganos judiciales, destacando en este sentido la STSJ de Madrid del 24 de septiembre de 2015, nº 383, que desestima el recurso interpuesto por Farmaindustria contra la Resolución nº 159/2014 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la convocatoria y los pliegos que rigen la licitación de acuerdo marco para el suministro de medicamentos que contienen como principio activo "*Somatropina*".

Respecto a la objeción consistente en que estos medicamentos no constituyen una unidad funcional debido a que no son intercambiables, la sala considera que el artículo 86 de la Ley 29/2006, cuyo apartado cuatro dispone que quedarán exceptuados de la posibilidad de sustitución aquellos medicamentos que por razón de sus características de biodisponibilidad y estrecho rango terapéutico, determine el Ministerio de sanidad y consumo, no resulta de aplicación al presente caso ya que se refiere única y exclusivamente a la dispensación farmacéutica, no siendo aplicable al ámbito hospitalario.

En conclusión, la adquisición y dispensación de este tipo de medicamentos en el ámbito hospitalario deberá ajustarse, al igual que el resto de los medicamentos, a las condiciones fijadas por las comisiones hospitalarias de farmacia, plasmadas a su vez en los correspondientes pliegos sin que se pueda excluir la presentación y adjudicación de medicamentos biosimilares.

Pese a todo estamos ante un debate muy intenso, en el que son muchos quienes opinan que este tipo de medidas son ilegales, y que de llevarse a cabo sin el conocimiento del médico deberían denunciarse. En este sentido se han



pronunciado la Alianza General de Pacientes, y algunos despachos de abogados especializados en derecho sanitario, como De Lorenzo Abogados. Una polémica muy actual que

desde las Administraciones sanitarias, y en particular desde el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, habrá que seguir muy de cerca.

BIBLIOGRAFÍA.

BARRIOS FLORES F. “Responsabilidad por uso compasivo y off-label”. *Revista Derecho y Salud*. 2014.

GARCÍA-SABINA, A., y otros. “Revisión sobre el uso de medicamentos en condiciones no incluidas en su ficha técnica”. *Farmacia Hospitalaria*. 2011.

MOLINER BERNADES, X.; SUÁREZ FERNÁNDEZ, J. “Administración de medicamentos en dosis o pautas de administración diferentes a las estipuladas en ficha técnica”. *Cuadernos de derecho farmacéutico*, nº 48 (Enero-Marzo 2014).

MONTEAGUDO MARTÍNEZ, N. “Medicamentos biosimilares”. *Boletín Farmacoterapéutico de Castilla-La Mancha*. Sescam. Abril 2015.

SÁNCHEZ CARO, J;ABELLÁN, F. “Derechos del médico en la relación clínica”. *Fundación Salud* 2000.

“CONTENIDO Y NOVEDADES DEL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA UE (REGLAMENTO UE 2016/679, DE 27 DE ABRIL DE 2016)”

D. ROBERTO MAYOR GÓMEZ

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Fecha de finalización del trabajo: 15 de junio 2016

SUMARIO

- I. LA PROTECCIÓN DE DATOS EN LA UNIÓN EUROPEA: ANTECEDENTES
- II. EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA UE: PROCESO DE ELABORACIÓN, ESTRUCTURA, OBJETO, ÁMBITO DE APLICACIÓN, Y PRINCIPIOS DE LA NORMA
- III. PRINCIPALES NOVEDADES
- IV. CONCLUSIONES

1. LA PROTECCIÓN DE DATOS EN LA UNIÓN EUROPEA: ANTECEDENTES

En primer lugar, resulta conveniente hacer una breve referencia a la evolución de la regulación normativa de la protección de datos en la Unión Europea con carácter previo a la reciente publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, de fecha 4 de mayo de 2016, del 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 RGPD¹³⁴.

Así, en cuanto a la regulación jurídica de la protección de datos en Europa, cabe señalar que las normas más relevantes en este ámbito han tenido una influencia indudable en las normativas nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, implicando un aumento del nivel de protección y un efecto homogeneizante.

El primer texto normativo, en el ámbito estrictamente europeo, que garantiza como derecho fundamental el respeto a la vida privada está representada por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aprobado en Roma en 1950.

Posteriormente, el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, contiene una referencia expresa a la protección de datos de carácter personal, reconociéndose a toda persona el derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan, que se tratarán de modo leal, para fines concretos, y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley, así como el derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. También se prevé expresamente que el respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.

En sentido similar, en el artículo 16 del Tratado de Lisboa de 2007, que modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, se reconoce a toda persona el derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan, que el respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente, y que el Parlamento Europeo y el Consejo serán los encargados de establecer las normas sobre protección de datos.

¹³⁴ Para mayor información sobre la evolución de la normativa en protección de datos, véase la obra de Rebollo Delgado, L y Serrano Pérez, M^ª: *Manual de protección de Datos*, págs 39-58, Dikynson. Madrid 2014.

Hay que partir de la base que, en todo caso, ya en el Convenio n.º 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, quedó fijado un marco amplio de protección de los derechos de la persona frente a las posibles intromisiones por parte de la informática, si bien, obviamente adaptada a la tecnología del momento, y, por tanto, necesitada de un desarrollo normativo posterior. En el mencionado Convenio ya se enumeraban una serie de principios esenciales en materia de protección de datos (pertinencia de los datos, utilización no abusiva, derecho de olvido, lealtad, exactitud, publicidad, acceso individual, seguridad...).

En el Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, que tiene como principal finalidad hacer efectiva la libertad de circulación de ciudadanos en la Unión Europea mediante la supresión gradual de las fronteras interiores, se contienen también algunas referencias específicas a la protección de datos de carácter personal para facilitar la coordinación y el control entre los países miembros en sus artículos 7 y 9.

Una de las normas comunitarias más relevantes que han sido aprobadas en el ámbito de la protección de datos, sin duda, ha sido la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo¹³⁵, 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, que tenía como principal objetivo armonizar las normas de los Estados miembros al contenido de la misma.

¹³⁵ El artículo 94 del 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) señala que: «1. Queda derogada la Directiva 95/46/CE con efecto a partir del 25 de mayo de 2018. 2. Toda referencia a la Directiva derogada se entenderá hecha al presente Reglamento. Toda referencia al Grupo de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales establecido por el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE se entenderá hecha al Comité Europeo de Protección de Datos establecido por el presente Reglamento.».



Las definiciones de conceptos fundamentales en este ámbito son, esencialmente, los ya establecidos en el Convenio de 28 de enero de 1981 del Consejo de Europa, si bien en cuanto al ámbito de aplicación se extiende no solamente a los ficheros automatizados sino también a los manuales, fijándose un plazo de 12 años para su transposición (en España se produjo con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en adelante LOPD), y se excluye expresamente de su ámbito de aplicación, entre otras, el tratamiento efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas, seguridad pública, defensa...

También se incluyen dentro del campo de aplicación de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, las técnicas para captar, transmitir, manejar, registrar, conservar o comunicar los datos relativos a las personas físicas constituidos por sonido e imagen, que afecten al tratamiento de datos de carácter personal.

En cuanto a los principios que resultaban de aplicación se distinguía entre: los principios relativos a la calidad de los datos (artículo 6); y los principios relativos a la legitimación del tratamiento (artículo 7).

Dentro de los principios relativos a la calidad de los datos se enumeraban los siguientes, que requieren que los datos personales sean:

- a) tratados de manera leal y lícita
- b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no sean tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines, considerando que no se considerará incompatible el tratamiento posterior de datos con fines históricos, estadísticos o científicos, siempre y cuando los Estados miembros establezcan las garantías oportunas
- c) adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente

d) exactos y, cuando sea necesario, actualizados, y que deberán tomarse todas las medidas razonables para que los datos inexactos o incompletos, con respecto a los fines para los que fueron recogidos o para los que fueron tratados posteriormente, sean suprimidos o rectificadas

e) conservados en una forma que permita la identificación de los interesados durante un período no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten ulteriormente.

En cualquier caso, se contemplaba que los Estados miembros establecieran las garantías apropiadas para que los datos personales archivados por un período más largo del mencionado, con fines históricos, estadísticos o científicos.

Respecto a los principios relativos a la legitimación del tratamiento, se disponía que los Estados miembros tenían que disponer que el tratamiento de datos personales sólo podía efectuarse en alguno de los supuestos específicos que incluía:

a) el interesado ha dado su consentimiento de forma inequívoca

b) es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado sea parte o para la aplicación de medidas precontractuales adoptadas a petición del interesado

c) es necesario para el cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto el responsable del tratamiento

d) es necesario para proteger el interés vital del interesado

e) es necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos

f) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen



los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la Directiva 95/46/CE.

Hay que tener en cuenta que en los considerandos que precedían al articulado se contenían importantes principios o reglas de interpretación sobre conceptos esenciales (tratamiento ilícito, consentimiento, finalidad, derecho de acceso, seguridad...).

La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, regulaba también un aspecto importante como es el concerniente a la transferencia de datos personales a terceros países, en su capítulo IV, estableciendo como regla general que solamente podía efectuarse cuando, sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones de Derecho nacional adoptadas con arreglo a las demás disposiciones de la presente Directiva, *“el país tercero de que se trate garantice un nivel de protección adecuado”*.

En cuanto a que debe entenderse por carácter adecuado del nivel de protección, en la propia Directiva se aclaraba que se evaluaría atendiendo a todas las circunstancias que concurran en una transferencia o en una categoría de transferencias de datos, y que en particular, *“se tomará en consideración la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final, las normas de Derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país tercero de que se trate, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países”*.

En todo caso, en el artículo 26 de la citada Directiva se contenían unas excepciones en las que se podía efectuar una transferencia de datos personales a un país tercero que no garantice un nivel de protección adecuado con arreglo a lo establecido anteriormente (el interesado haya dado su consentimiento inequívocamente a la transferencia prevista; la transferencia sea necesaria para la ejecución de un contrato entre el interesado y el responsable del tratamiento o para la ejecución de medidas precontractuales tomadas a petición del interesado; la transferencia sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato

celebrado o por celebrar en interés del interesado, entre el responsable del tratamiento y un tercero...).

El Reglamento (CE) nº 45/2001 del Parlamento Europeo y de Consejo¹³⁶, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos, tienen por finalidad garantizar en toda la Unión Europea una aplicación coherente y homogénea de las normas de protección de los derechos y las libertades fundamentales de las personas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales. También se persigue que se especifiquen las obligaciones de los responsables del tratamiento dentro de las instituciones y los organismos comunitarios en materia de tratamiento de datos y que se cree una autoridad de control independiente responsable de la vigilancia de los tratamientos de datos personales efectuados por las instituciones y los organismos comunitarios.

Como aspectos destacables del Reglamento n.º 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo¹³⁷ hay que resaltar los siguientes:

a) el tratamiento reforzado de la prohibición de tratamiento de los datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el

¹³⁶ Reglamento (CE) nº 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos (DO L 8 de 12.1.2001, p. 1).

¹³⁷ El artículo 2.3 del 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) señala que: «*El Reglamento (CE) nº 45/2001 es de aplicación al tratamiento de datos de carácter personal por parte de las instituciones, órganos y organismos de la Unión. El Reglamento (CE) nº 45/2001 y otros actos jurídicos de la Unión aplicables a dicho tratamiento de datos de carácter personal se adaptarán a los principios y normas del presente Reglamento de conformidad con su artículo 98*».



tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad, salvo las excepciones contempladas (artículo 10).

b) la creación de la figura del Supervisor Europeo para la Protección de Datos de carácter personales (artículo 41 y ss).

c) la creación de una tabla de derechos para los interesados, y así, el derecho a la información, derecho de acceso, derecho de rectificación, derecho de bloqueo, derecho de supresión, derecho de oposición, obligación de notificar a terceros... (artículos 11 y ss).

d) fijación de los criterios para la licitud del tratamiento de datos (artículos 5 y 6)

e) establecimiento de reglas para la transmisión de datos personales según los destinatarios sean o no distintos de las instituciones y los organismos comunitarios (artículos 8 y 9).

Finalmente, otras importantes normas comunitarias que han regulado aspectos esenciales del ámbito de la protección de datos son:

- La Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones que tiene por objeto establecer la armonización de las disposiciones de los Estados miembros necesarias para garantizar un nivel equivalente de protección de las libertades y de los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales en el sector de las telecomunicaciones, así como la libre circulación de tales datos y de los equipos y servicios de telecomunicación en la Comunidad (artículo 1).

- La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo¹³⁸, de 8 de junio de 2000, cuyo objetivo es contribuir al correcto funcionamiento del mercado

¹³⁸ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) (DO L 178 de 17.7.2000, p. 1).

interior garantizando la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros.

- La Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo¹³⁹, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, cuyo objetivo es armonizar las disposiciones de los Estados miembros necesarias para garantizar un nivel equivalente de protección de las libertades y los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas, así como la libre circulación de tales datos y de los equipos y servicios de comunicaciones electrónicas en la Comunidad.

El artículo 2.4 del 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) señala que: *«El presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de la aplicación de la Directiva 2000/31/CE, en particular sus normas relativas a la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios establecidas en sus artículos 12 a 15»*.

¹³⁹ Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) (DO L 201 de 31.7.2002, p. 37).

El artículo 95 del 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) señala que: *«El presente Reglamento no impondrá obligaciones adicionales a las personas físicas o jurídicas en materia de tratamiento en el marco de la prestación de servicios públicos de comunicaciones electrónicas en redes públicas de comunicación de la Unión en ámbitos en los que estén sujetas a obligaciones específicas con el mismo objetivo establecidas en la Directiva 2002/58/CE»*.



2.- EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA UE: PROCESO DE ELABORACIÓN, ESTRUCTURA, OBJETO, ÁMBITO DE APLICACIÓN, Y PRINCIPIOS DE LA NORMA

2.1 PROCESO DE ELABORACIÓN

El nuevo marco jurídico propuesto para la protección de los datos personales en la UE es el resultado de un proceso largo e intenso cuyo origen se puede situar, desde un punto de vista institucional, en el año 2010 cuando el Consejo Europeo invitó a la Comisión Europea a evaluar el funcionamiento de los instrumentos de la UE en materia de protección de datos y a presentar, en caso necesario, nuevas iniciativas legislativas y no legislativas¹⁴⁰. Así, en su resolución sobre el Programa de Estocolmo el Parlamento Europeo¹⁴¹ mantuvo una posición favorable a la elaboración de un régimen general de protección de datos en la UE, y la Comisión Europea¹⁴² también planteó la necesidad de garantizar que el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal se aplicase de forma coherente en el contexto de todas las políticas de la UE.

En el seno de la Unión Europea se empieza a considerar la necesidad de establecer un marco más sólido y coherente en materia de protección de datos en la UE, que evite la excesiva fragmentación en la aplicación de la protección de datos de carácter personal en el ámbito de la Unión Europea, y que fortalezca la

¹⁴⁰ «Programa de Estocolmo: Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano», DO C 115 de 4.5.2010, p.1.

¹⁴¹ Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo titulada «Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos: Programa de Estocolmo», adoptada el 25 de noviembre de 2009 [P7_TA (2009)0090].

¹⁴² Comunicación titulada «Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea», COM (2010) 609 final.

seguridad jurídica de los ciudadanos europeos, operadores económicos y las autoridades públicas.

Se comienza así a realizar una amplia consulta a los actores interesados, mediante conferencias, seminarios, grupos de trabajo...¹⁴³ que desembocan finalmente en la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de julio de 2011, que aprobó un informe favorable a reformar el marco de la protección de datos¹⁴⁴. En sus conclusiones, adoptadas el 24 de febrero de 2011, el Consejo de la Unión Europea manifestó igualmente su apoyo a la voluntad de la Comisión Europea de reformar el marco de protección de datos. También el Comité Económico y Social Europeo se mostró a favor del objetivo de la Comisión de garantizar una aplicación más coherente de

¹⁴³ Consulta sobre el marco jurídico para el derecho fundamental a la protección de datos de carácter persona (9 de julio al 31 de diciembre de 2009); consulta sobre el enfoque global de la Comisión sobre la protección de datos de carácter personal en la Unión Europea (4 de noviembre de 2010 al 15 de enero de 2011); mesa redonda sobre la reforma de la protección de datos organizada por la Vicepresidenta de la Comisión Europea Viviane Reding (noviembre de 2010); la Comisión Europea y el Consejo de Europa organizaron una conferencia de alto nivel con el fin de debatir cuestiones relacionadas con la reforma del marco jurídico de la UE y con la necesidad de establecer unas normas de protección de datos comunes a escala mundial el Día de la protección de datos (28 de enero de 2011); las presidencias húngara y polaca del Consejo acogieron sendas conferencias sobre protección de datos (16 y 17 de junio de 2011 y el 21 de septiembre de 2011); el «Grupo de Trabajo del Artículo 29» emitió diversos dictámenes y realizó aportaciones útiles a la Comisión Europea [«El futuro de la intimidad» (2009, WP 168); sobre los conceptos de «responsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento» (1/2010, WP 169); sobre la publicidad del comportamiento en línea (2/2010, WP 171); sobre el principio de la obligación de rendir cuentas (3/2010, WP 173); sobre la legislación aplicable (8/2010, WP 179), y sobre el consentimiento (15/2011, WP 187)]; el Supervisor Europeo de Protección de Datos también emitió un dictamen general sobre los temas planteados en la Comunicación de la Comisión de noviembre de 2010.

¹⁴⁴ Resolución del PE, de 6 de julio de 2011, sobre un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea (2011/2025(INI))



las normas de la UE en materia de protección de datos en todos los Estados miembros y una revisión adecuada de la Directiva 95/46/CE¹⁴⁵.

En fecha 27 de enero de 2012 por la Comisión Europea se elaboró una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo 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 (Reglamento general de protección de datos).

El texto de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 27 de enero de 2012 fue sometido a numerosas modificaciones durante más de 3 años, hasta que el Parlamento y la Comisión alcanzaron el acuerdo sobre el texto del reglamento general de protección de datos el 15 de diciembre de 2015, y en una reunión extraordinaria, la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo (LIBE) aprobó el texto acordado en los diálogos tripartitos el 17 de diciembre de 2015.

En fecha 18 de diciembre de 2015, el Comité de Representantes Permanentes (COREPER) confirmó los textos transaccionales acordados con el Parlamento Europeo sobre la reforma de la protección de datos que se presentarían para su adopción por el Consejo, y posteriormente por el Parlamento, por lo que la previsión era ya en aquel momento que el Reglamento entrara en vigor en la primavera de 2018¹⁴⁶.

Finalmente, 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.

¹⁴⁵ SEC (2012) 72.

¹⁴⁶ Rodríguez Ballano, S y Vidal, M: *Año nuevo..., Reglamento de Protección de Datos nuevo*, Actualidad jurídica Aranzadi, ISSN 1132-0257, Nº 915, 2016, pág. 10.

2.2 ESTRUCTURA

En cuanto a la estructura del RGPD, está constituida por 173 considerandos previos, y 99 artículos divididos en 11 capítulos:

Capítulo I, “Disposiciones Generales” (artículos 1-4)

Capítulo II, “Principios” (artículos 5-11)

Capítulo III, “Derechos del interesado” (artículos 12-23), dividido en cinco secciones: Transparencia y modalidades; Información y acceso a los datos personales; Rectificación y supresión; Derecho de oposición y decisiones individuales automatizadas; y Limitaciones.

Capítulo IV, “Responsable del tratamiento y encargado del tratamiento” (artículos 24-43), dividido en cinco secciones: Obligaciones generales; Seguridad de los datos personales; Evaluación de impacto relativa a la protección de datos y consulta previa; Delegado de protección de datos, y Códigos de conducta y certificación

Capítulo V, “Transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales” (artículos 44-50)

Capítulo VI, “Autoridades de control independiente” (artículos 51-59), dividido en dos secciones: Independencia; y Competencia, funciones y poderes

Capítulo VII, “Cooperación y coherencia” (artículos 60-76), dividido en tres secciones: Cooperación y coherencia; Coherencia; y Comité europeo de protección de datos

Capítulo VIII, “Recursos, responsabilidad y sanciones” (artículos 77-84)

Capítulo IX, “Disposiciones relativas a situaciones específicas de tratamiento” (artículos 85-91)

Capítulo X, “Actos delegados y actos de ejecución” (artículo 92 y 93)

Capítulo XI, “Disposiciones finales” (artículo 94-99)



Por otra parte, el RGPD deroga expresamente la Directiva 95/46/CE con efecto a partir del 25 de mayo de 2018, indicando además que cualquier referencia que se contenga a la citada Directiva que se deroga, se entenderá hecha a dicho RGPD. De la misma manera, cualquier referencia al Grupo de protección de las personas en lo que refiere al tratamiento de datos personales establecido por el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE se tiene que entender hecha al Comité Europeo de Protección de Datos establecido por este RGPD (artículo 94).

También se contempla que el RGPD no impondrá obligaciones adicionales a las personas físicas o jurídicas, en materia de tratamiento en el marco de la prestación de servicios públicos de comunicaciones electrónicas en redes públicas de comunicación de la Unión en ámbitos en los que estén sujetas a obligaciones específicas con el mismo objetivo establecidas en la Directiva 2002/58/CE (artículo 95).

Respecto a los acuerdos internacionales que impliquen la transferencia de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales que hubieren sido ya celebrados por los Estados miembros con anterioridad al 24 de mayo de 2016, y que cumplan lo dispuesto en el Derecho de la Unión aplicable antes de dicha fecha, se dispone que seguirán en vigor hasta que sean modificados, sustituidos o revocados (artículo 96).

Finalmente, en cuanto a la entrada en vigor y aplicación de este RGPD, se declara que entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, aunque será aplicable a partir del 25 de mayo de 2018 (artículo 99).

2.3 OBJETO

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.

2.4 ÁMBITO DE APLICACIÓN

2.4.1 MATERIAL

Un aspecto esencial es el relativo al ámbito de aplicación material del RGPD, que está descrito en el artículo 2 del RGPD donde se indica que será de aplicación al 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.

También se contemplan una serie de supuestos que están excepcionados del ámbito de aplicación, y así se dispone que el RGPD no se aplicará, en particular:

- Al ejercicio de actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión
- A la actividad de las autoridades con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, o de ejecución de sanciones penales, incluida la de protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención
- A las actividades de los Estados miembros comprendidas en el ámbito de aplicación del capítulo 2 del título V del TUE
- Al tratamiento de datos efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas.



2.4.2 TERRITORIAL

En relación al ámbito territorial de aplicación del RGPD hay que subrayar como novedad que se ha producido una importante extensión, ya que conforme a lo dispuesto en su artículo 3 se aplica al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión Europea o no. Además, el RGPD se aplica también al tratamiento de datos personales de residentes en la Unión Europea por parte de un responsable o encargado no establecido en la Unión Europea, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con los aspectos que enumera:

- a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión Europea, independientemente de si a estos se les requiere su pago, o
- b) el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión.

En definitiva, el RGPD resulta también de aplicación al tratamiento de datos fuera de la Unión Europea, lo que amplía de forma considerable su ámbito de aplicación ya que permitirá, por ejemplo, que sea aplicable a empresas que, hasta este momento, podían estar tratando datos de personas en la Unión Europea y que, sin embargo, se regían por normativas de otras regiones o países que no siempre ofrecen el mismo nivel de protección que la normativa europea.

2.5 PRINCIPIOS DE LA NORMA

Los principios aplicables al tratamiento de datos en el RGPD están regulados en su artículo 5, y son básicamente:

- Licitud, lealtad y transparencia; recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos («limitación de la finalidad»)
- Limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»)

-
- Exactos y, si fuera necesario, actualizados («exactitud»)
 - Mantenedos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales («limitación del plazo de conservación»)
 - Tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales («integridad y confidencialidad»)
 - El responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo («responsabilidad proactiva»)

3.- PRINCIPALES NOVEDADES

A continuación, procederemos a realizar una enumeración y descripción de las novedades más importantes que introduce el RGPD:

1º) SE CONTIENEN EXPRESAMENTE NUEVOS PRINCIPIOS APLICABLES A LA PROTECCIÓN DE DATOS (ARTÍCULO 5 RGPD)

En concreto, se reconoce en el artículo 5.1 a) RGPD, dentro de los principios relativos al tratamiento, el principio de transparencia en el tratamiento de los datos de carácter personal, que supone el derecho que tiene el titular de los datos a estar informado de manera clara e inequívoca sobre dicho tratamiento, de manera que el interesado debe poder conocer en todo momento quién, cómo y para qué están tratando sus datos personales, así como qué datos personales exactamente están siendo tratados e incidencias que se produzcan sobre los mismos. Se refuerza la información que se debe facilitar a los titulares de los datos, tanto en el supuesto de que los datos se recaben directamente del interesado como si los datos se obtienen de otra fuente ya que, además de la información obligatoria ya establecida en la normativa española actualmente vigente, se tiene que facilitar la información respecto otros elementos (base



jurídica del tratamiento, la intención de realizar transferencias internacionales, el plazo de conservación de los datos, el derecho a la portabilidad de los datos...).

El reconocimiento del principio de transparencia implicará, indirectamente, un aumento de la información que el responsable del fichero debe facilitar al titular de los datos con carácter previo al momento de obtener sus datos personales o al momento de aplicar los ya recabados a una nueva finalidad.

Además, en el artículo 5.2 RGPD se menciona expresamente el principio de responsabilidad (accountability), que es objeto de desarrollo en el artículo 24 RGPD¹⁴⁷, que impone al responsable del fichero estar en condiciones de demostrar que cumple los principios aplicables a la protección de datos de carácter personal.

2º) REGULACIÓN DE LOS REQUISITOS PARA ENTENDER VÁLIDAMENTE PRESTADO EL CONSENTIMIENTO (ARTÍCULO 7 RGPD)

El RGPD exige que el consentimiento, con carácter general, sea libre, informado, específico e inequívoco¹⁴⁸. Para poder considerar que el consentimiento es

¹⁴⁷ El artículo 24 RGPD, dentro de la responsabilidad del responsable del tratamiento señala que: “1. *Teniendo en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento, así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento aplicará medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento. Dichas medidas se revisarán y actualizarán cuando sea necesario.* 2. *Cuando sean proporcionadas en relación con las actividades de tratamiento, entre las medidas mencionadas en el apartado 1 se incluirá la aplicación, por parte del responsable del tratamiento, de las oportunas políticas de protección de datos.* 3. *La adhesión a códigos de conducta aprobados a tenor del artículo 40 o a un mecanismo de certificación aprobado a tenor del artículo 42 podrán ser utilizados como elementos para demostrar el cumplimiento de las obligaciones por parte del responsable del tratamiento.*”

¹⁴⁸ En el artículo 4, apartado 11, se contiene la definición completa del «consentimiento del interesado», como “*toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e*

“inequívoco”, se requiere que haya una declaración de los interesados o una acción positiva que indique el acuerdo del interesado, de manera que el consentimiento no puede deducirse del silencio o de la inacción de los ciudadanos. También se exige que la solicitud de consentimiento sea presentada, si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo.

Además, el Reglamento prevé que el consentimiento haya de ser “explícito” en algunos casos, como puede ser, por ejemplo, para autorizar el tratamiento de datos sensibles. Se añade, por tanto, un requisito más estricto, reforzando la voluntariedad real del consentimiento puesto que el consentimiento no podrá entenderse que ha sido concedido de forma implícita mediante algún tipo de acción positiva. En definitiva, será necesario que la declaración u acción se refieran explícitamente al consentimiento y al tratamiento en cuestión.

Por otra parte, será tan fácil retirar el consentimiento como darlo, y hay que tener en cuenta que el consentimiento tiene que ser verificable y que quienes recopilen datos personales deben ser capaces de demostrar que el afectado les otorgó su consentimiento

3º) CONDICIONES APLICABLES AL CONSENTIMIENTO DEL NIÑO EN RELACIÓN CON LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN (ARTÍCULO 8 RGPD)

El RGPD establece cual es la edad en la que los menores pueden prestar por sí mismos su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales en el ámbito de los servicios de la sociedad de la información¹⁴⁹ (por ejemplo, en las

inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen”.

¹⁴⁹ En el artículo 4, apartado 11, se contiene la definición del concepto «servicio de la sociedad de la información», que es “*todo servicio conforme a la definición del artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo*”



redes sociales) que será a los 16 años (por debajo de esta edad, sería necesario el consentimiento de padres o tutores). En todo caso, se permite rebajar esa edad y que cada Estado miembro establezca la suya propia, siempre que no sea inferior a 13 años, que se considera el límite mínimo¹⁵⁰. Como cláusula de salvaguarda se

[Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información (DO L 241 de 17.9.2015, p. 1)].

¹⁵⁰ En el caso de España, ese límite continúa en 14 años, ya que en el informe de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) 2000-000 se concluye que: *“En consecuencia, a la vista de lo anteriormente señalado, será necesario recabar el consentimiento de los menores para la recogida de sus datos, con expresa información de la totalidad de los extremos contenidos en el artículo 5.1 de la Ley, recabándose, en caso de menores de catorce años cuyas condiciones de madurez no garanticen la plena comprensión por los mismos del consentimiento prestado, el consentimiento de sus representantes legales”*.

Este informe se puede consultar en el siguiente enlace de la página de la AEPD: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/consentimiento/index-ides-idphp.php (fecha de la consulta: 5 de junio de 2016).

Además, en relación con el tratamiento de los datos de los menores de edad, el artículo 13 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal señala actualmente que:

“1. Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores.

2. En ningún caso podrán recabarse del menor datos que permitan obtener información sobre los demás miembros del grupo familiar, o sobre las características del mismo, como los datos relativos a la actividad profesional de los progenitores, información económica, datos sociológicos o cualesquiera otros, sin el consentimiento de los titulares de tales datos. No obstante, podrán recabarse los datos de identidad y dirección del padre, madre o tutor con la única finalidad de recabar la autorización prevista en el apartado anterior.

dispone que lo anteriormente dispuesto no afectará a las disposiciones generales del derecho contractual de los Estados miembros, como las normas relativas a la validez, formación o efectos de los contratos en relación con un niño.

En el caso de las empresas que recopilen datos personales, en los supuestos anteriores, el consentimiento tiene que ser verificable y que el aviso de privacidad debe estar escrito en un lenguaje que los niños puedan entender

4º) SE CONTEMPLAN NUEVAS CATEGORÍAS ESPECIALES DE DATOS PERSONALES (ARTÍCULO 9 RGPD)

A las categorías especiales de datos personales ya existentes hasta este momento (origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, datos relativos a la salud o a la sexualidad, y las infracciones o condenas), se añaden los datos genéticos y los datos biométricos, cuyo tratamiento, en consecuencia, pasa a estar prohibido, con carácter general, en este caso siempre que se lleve a cabo con el fin de identificar de forma única una persona¹⁵¹.

3. Cuando el tratamiento se refiera a datos de menores de edad, la información dirigida a los mismos deberá expresarse en un lenguaje que sea fácilmente comprensible por aquéllos, con expresa indicación de lo dispuesto en este artículo.

4. Corresponderá al responsable del fichero o tratamiento articular los procedimientos que garanticen que se ha comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado en su caso, por los padres, tutores o representantes legales”.

¹⁵¹ En el artículo 4, apartados 13 y 14, del RGPD, se contiene la definición completa de los «datos genéticos», como los “datos personales relativos a las características genéticas heredadas o adquiridas de una persona física que proporcionen una información única sobre la fisiología o la salud de esa persona, obtenidos en particular del análisis de una muestra biológica de tal persona”; y de los datos biométricos», que se describen como los “datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos”.



5º) RECONOCIMIENTO DE NUEVOS DERECHOS EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS (ARTÍCULOS 12-21 RGPD)

En el Capítulo III del RGPD (artículos 12 a 21) se contienen los derechos de los interesados, que suponen, al menos en lo que se refiere a la normativa nacional en materia de protección de datos¹⁵², la introducción de nuevos derechos (supresión o derecho al olvido y portabilidad de datos) en el ámbito de la protección de datos y la superación de los denominados derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición).

El RGPD se refiere ahora a los siguientes derechos:

- Transparencia (art. 12)
- Información (arts. 13 a 14)
- Acceso (art. 15)
- Rectificación (Art. 16)
- Supresión o derecho al olvido¹⁵³ (art. 17)
- Limitación del tratamiento (art. 18)
- Portabilidad de datos (art. 20)
- Oposición (art. 21)

Este nuevo derecho a la portabilidad implica, básicamente, que el interesado que haya proporcionado sus datos a un responsable que los esté tratando de modo automatizado podrá solicitar recuperar esos datos en un formato que le permita

¹⁵² Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE núm. 298 de 14 de diciembre de 1999) y Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (BOE núm. 17 de 19 de enero de 2008).

¹⁵³ Este nuevo derecho es objeto de análisis en un epígrafe específico del presente trabajo.

su traslado a otro responsable en determinadas condiciones¹⁵⁴. Cuando ello sea técnicamente posible, el responsable deberá transferir los datos directamente al nuevo responsable designado por el interesado.

El ejercicio del derecho a la portabilidad, que no puede afectar negativamente a los derechos y libertades de otros, se entiende sin perjuicio del derecho de supresión, “derecho al olvido”, y no se aplica al tratamiento que sea necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento.

6º) REGULACIÓN DEL DERECHO DE SUPRESIÓN, “EL DERECHO AL OLVIDO” (ARTÍCULO 17 RGPD)

En el artículo 17 del RGPD se reconoce expresamente un nuevo derecho, el derecho de supresión, más comúnmente conocido como “derecho al olvido”, el cual ya había sido objeto de reconocimiento por la jurisprudencia¹⁵⁵, que tiene por

¹⁵⁴ El artículo 20 RGPD exige la concurrencia de los siguientes presupuestos: “a) el tratamiento esté basado en el consentimiento con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), o en un contrato con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra b); y b) el tratamiento se efectúe por medios automatizados.”

¹⁵⁵ El denominado «derecho al olvido» ya había sido reconocido por la jurisprudencia europea y nacional, y así en la Sentencia de 13 de mayo de 2014 del Tribunal de Justicia (UE) Gran Sala, nº C-131/2012, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Audiencia Nacional, mediante auto de 27 de febrero de 2012, recibido en el Tribunal de Justicia el 9 de marzo de 2012, en el procedimiento entre Google Spain, S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, viene a reconocer el «derecho al olvido» en Internet, atribuyendo a los motores de búsqueda la responsabilidad de ponderar los intereses en juego en cada caso (y sin que se eliminen necesariamente los resultados en la web de origen), incluso si están sitios fuera de la Unión Europea, como es el caso de Google Inc.

Por su parte, en la jurisprudencia española, por el Tribunal Supremo, Sala 1ª, se dictó la Sentencia nº 545/2015, de 15 de octubre de 2015, rec. 2772/2013, (Pte: Sarazá Jimena,



objeto garantizar el derecho de los sujetos titulares de los datos a obtener, sin dilación indebida, la supresión de los datos personales que le conciernan del responsable del tratamiento en determinados supuestos, entre otros, cuando los datos no sean necesarios para las finalidades para las que fueron recogidos, cuando los datos personales hayan sido tratados ilícitamente o cuando los datos personales deban suprimirse para cumplir con una obligación legal establecida en la legislación aplicable al responsable del tratamiento.

El responsable que esté obligado a suprimir datos personales deberá adoptar medidas razonables, teniendo en cuenta la tecnología disponible y el coste de su aplicación, así como informar a los responsables que estén tratando los datos personales de la solicitud del interesado de supresión de cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos.

Rafael), que se pronuncia por primera vez sobre el alcance del llamado “derecho al olvido digital”. El TS considera que la difusión de una noticia a través de la página web de una hemeroteca digital supone una vulneración del derecho al honor. En todo caso, se declara que el llamado derecho al olvido digital no puede suponer una censura retrospectiva de las informaciones correctamente publicadas en su día, ya que la integridad de los archivos digitales es un bien jurídico protegido por la libertad de expresión que excluye las medidas que alteren su contenido eliminando o borrando datos contenidos en ellos, como puede ser los nombres de las personas que aparecen en tales informaciones o su sustitución por las iniciales.

Desde un punto de vista doctrinal, el “derecho al olvido digital” ha sido analizado recientemente, entre otras, en las siguientes obras:

- María Álvarez Caro: *Derecho al olvido en Internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*, Editorial Reus, 2015. ISBN 978-84-290-1836-3
- Pere Simón Castellano: *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE: efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014*, Bosch, 2015. ISBN 978-84-9090-021-5
- Artemi Rallo Lombarte: *El derecho al olvido en internet: Google versus España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. ISBN 978-84-259-1593-2

El RGPD establece, no obstante lo anteriormente dispuesto, una serie de supuestos tasados que se configuran como excepciones al ejercicio del derecho de supresión:

- a) Para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información.
- b) Para el cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos impuesta por la legislación aplicable al responsable del tratamiento, o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable.
- c) Por razones de interés público en el ámbito de la salud pública.
- d) Con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, en la medida en que el ejercicio del derecho de supresión pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento.
- e) Para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones

7º) RESPONSABILIDAD DEL RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO DE LOS DATOS POR LA ADOPCIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE LAS MEDIDAS ADECUADAS (ARTÍCULO 24 RGPD)

El RGPD atribuye, en determinadas condiciones, al responsable del tratamiento la aplicación de medidas técnicas y organizativas apropiadas, que se revisarán y actualizarán cuando sea necesario, a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme a esta normativa (por ejemplo, la aplicación, por parte del responsable del tratamiento, de las oportunas políticas de protección de datos).

Para demostrar el cumplimiento de las obligaciones por parte del responsable del tratamiento se mencionan expresamente la adhesión a códigos de conducta o a un mecanismo de certificación.

8º) REGISTRO DE LAS ACTIVIDADES DE TRATAMIENTO (ARTÍCULO 30 RGPD)

En el RGPD se elimina la obligación de comunicar el tratamiento de datos personales a las autoridades de control y se sustituyen por procedimientos y mecanismos eficaces que se centren, en su lugar, en los tipos de operaciones de tratamiento que entrañen probablemente un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas.

Así, ahora será cada responsable, encargado y, en su caso, su representante quienes llevarán un registro de las actividades de tratamiento efectuadas bajo su responsabilidad, que deberá contener una información de mínimos que se regula en el propio RGPD¹⁵⁶. En cuanto al funcionamiento de estos registros, constarán por escrito, inclusive en formato electrónico, y estarán a disposición de la autoridad de control que lo solicite.

9º) NOTIFICACIÓN DE UNA VIOLACIÓN DE LA SEGURIDAD DE LOS DATOS PERSONALES A LA AUTORIDAD DE CONTROL Y COMUNICACIÓN A LOS INTERESADOS DE LAS VIOLACIONES DE SEGURIDAD (ARTÍCULOS 33 Y 34 RGPD)

En el RGPD se introduce una importante novedad en aquellos supuestos en los que se haya producido una violación de la seguridad de los datos personales, ya que hasta este momento no existía ninguna obligación de informar a las

¹⁵⁶ Las obligaciones anteriormente indicadas no se aplicarán a ninguna empresa ni organización que emplee a menos de 250 personas, a menos que el tratamiento que realice pueda entrañar un riesgo para los derechos y libertades de los interesados, no sea ocasional, o incluya categorías especiales de datos personales (datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física), o datos personales relativos a condenas e infracciones penales en los términos contemplados en el artículo 10 RGPD.

autoridades cuando se producía una brecha de seguridad, ya que el responsable del tratamiento deberá notificarla a la autoridad de control competente sin dilación indebida y, de ser posible, a más tardar 72 horas después de que haya tenido constancia de ella, a menos que sea improbable que dicha violación de la seguridad constituya un riesgo para los derechos y las libertades de las personas físicas. En el caso de que la notificación a la autoridad de control no tenga lugar en el plazo de 72 horas, deberá ir acompañada de la explicación de los motivos de la dilación.

Además, no es suficiente con informar solo a las autoridades, también se requiere, como regla general, comunicar al interesado sin dilación indebida y en un lenguaje claro y sencillo la violación de la seguridad de los datos personales en caso de que puede entrañar un alto riesgo para sus derechos y libertades, y permitirle tomar las precauciones necesarias.

Esta comunicación, que debe realizarse tan pronto como sea razonablemente posible y en estrecha cooperación con la autoridad de control siguiendo sus orientaciones o las de otras autoridades competentes como las autoridades policiales, debe describir la naturaleza de la violación de la seguridad de los datos personales y las recomendaciones para que la persona física afectada mitigue los potenciales efectos adversos resultantes de la violación.

10º) EVALUACIÓN DE IMPACTO RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE DATOS (ARTÍCULO 35 RGPD)

Se prevé que el responsable del tratamiento en determinadas condiciones (cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas)¹⁵⁷, realice una evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento en la protección de datos

¹⁵⁷ La autoridad de control podrá asimismo establecer y publicar la lista de los tipos de tratamiento que no requieren evaluaciones de impacto relativas a la protección de datos, que será comunicada al Comité Europeo de Protección de Datos.



personales junto con el asesoramiento del delegado de protección de datos, si ha sido nombrado.

11º) CONSULTA PREVIA A LA AUTORIDAD DE CONTROL EN CASO DE IDENTIFICARSE RIESGOS EN EL TRATAMIENTO (ARTÍCULO 36 RGPD)

Se regula una consulta previa a la autoridad de control, por parte del responsable del tratamiento que deberá facilitar una concreta información que se detalla, antes de proceder al tratamiento en aquellos supuestos en los que una evaluación de impacto relativa a la protección de los datos muestre que el tratamiento entrañaría un alto riesgo si el responsable no toma medidas para para mitigarlo.

Si la autoridad de control considera que el tratamiento puede infringir la normativa prevista en el RGPD, en particular cuando el responsable no haya identificado o mitigado suficientemente el riesgo, la autoridad de control tiene que asesorar por escrito al responsable, y en su caso al encargado, en un plazo de ocho semanas desde la solicitud de la consulta, aunque este plazo podrá prorrogarse seis semanas, en función de la complejidad del tratamiento previsto, y suspenderse hasta que la autoridad de control haya obtenido la información solicitada a los fines de la consulta.

También se contempla que los Estados miembros garanticen que se consulte a la autoridad de control durante la elaboración cualquier propuesta de medida legislativa que haya de adoptar un Parlamento nacional, o de una medida reglamentaria basada en dicha medida legislativa, que se refiera al tratamiento de datos.

12º) INTRODUCCIÓN DE LA FIGURA DEL DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS (ARTÍCULOS 37-39 RGPD)

El Reglamento Europeo ha introducido la figura del Delegado de Protección de Datos (DPO), imponiendo su designación al responsable y al encargado del

tratamiento, exigiendo la obligatoriedad de su nombramiento a todos los organismos públicos, con la excepción de tribunales que actúen en el ejercicio de la función judicial, y a las entidades privadas, sean éstas consideradas responsables o encargados del tratamiento, cuyas actividades principales conlleven la “observación habitual y sistemática de interesados a gran escala” o el “tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos personales” y “de datos relativos a condenas e infracciones penales”.

El DPO deberá ser designado atendiendo a sus cualidades profesionales, sus conocimientos sobre las normas de protección de datos personales, su práctica en materia de protección de datos, y su capacidad para realizar las funciones encomendadas en el RGPD. El DPO puede ser un empleado de la plantilla del responsable o del encargado del tratamiento, o actuar mediante un contrato de prestación de servicios. El responsable y al encargado del tratamiento están obligados a apoyar al DPO en la realización de sus funciones, sin que esté sometido a las instrucciones de ningún estamento de la propia compañía, respondiendo y rindiendo cuentas únicamente ante “el más alto nivel jerárquico” de la misma, y se prevé la prohibición expresa de destitución o sanción del DPO con causa en el desempeño de sus funciones.

El DPO desempeñará sus funciones prestando la debida atención a los riesgos asociados a las operaciones de tratamiento, teniendo en cuenta la naturaleza, el alcance, el contexto y fines del tratamiento, y está obligado a mantener el secreto o la confidencialidad en lo que respecta al desempeño de sus funciones, de conformidad con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros. También se contempla que podrá desempeñar otras funciones y cometidos siempre que no den lugar a conflicto de intereses.

En cuanto a las funciones que tendrá el DPO, destacan el asesoramiento general dentro de la compañía en todo lo relativo a protección de datos personales, la supervisión del cumplimiento de la legislación y políticas de privacidad con especial atención a los riesgos asociados a las actividades que llevara a cabo la empresa, la elaboración de informes de evaluación de impacto de ciertos



tratamientos de datos personales y la cooperación con las autoridades de control nacionales.¹⁵⁸

13º) REGULACIÓN DE LAS TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE DATOS (ARTÍCULOS 44 a 50 RGPD)

En la normativa de protección de datos en España actualmente vigente, una transferencia internacional de datos es un tratamiento de datos que supone una transmisión de los mismos fuera del territorio del Espacio Económico Europeo (EEE), bien constituya una cesión o comunicación de datos, bien tenga por objeto la realización de un tratamiento de datos por cuenta del responsable del fichero establecido en territorio español¹⁵⁹.

¹⁵⁸ En concreto, el artículo 39 del 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) atribuye, como mínimo, al DPO las siguientes funciones: «a) *informar y asesorar al responsable o al encargado del tratamiento y a los empleados que se ocupen del tratamiento de las obligaciones que les incumben en virtud del presente Reglamento y de otras disposiciones de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros; b) supervisar el cumplimiento de lo dispuesto en el presente Reglamento, de otras disposiciones de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros y de las políticas del responsable o del encargado del tratamiento en materia de protección de datos personales, incluida la asignación de responsabilidades, la concienciación y formación del personal que participa en las operaciones de tratamiento, y las auditorías correspondientes; c) ofrecer el asesoramiento que se le solicite acerca de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos y supervisar su aplicación de conformidad con el artículo 35; d) cooperar con la autoridad de control; e) actuar como punto de contacto de la autoridad de control para cuestiones relativas al tratamiento, incluida la consulta previa a que se refiere el artículo 36, y realizar consultas, en su caso, sobre cualquier otro asunto».*

¹⁵⁹ En el ordenamiento jurídico español, las transferencias internacionales de datos, se regulan en los artículos 33 y 34 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de

En el ámbito de la transferencia internacional de datos hay que tener en cuenta recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de especial trascendencia en este ámbito y que han tenido una importante incidencia en el texto aprobado¹⁶⁰. Como destacan algunos autores, *“la sentencia del TJUE*

protección de datos de carácter personal (LOPD) y en el Título VI del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, (RLOPD). Más información al respecto se puede encontrar en la página institucional de la AEPD:

https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canalresponsable/transferencias_internacionales/index-ides-idphp.php [consultado en fecha 6 de junio de 2016].

¹⁶⁰ Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por la High Court -Irlanda-Maximillian Schrems/Data Protection Commissioner), Asunto C-362/14. En esta sentencia judicial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estima que la existencia de una Decisión de la Comisión que declara que un país tercero garantiza un nivel de protección adecuado de los datos personales transferidos no puede dejar sin efecto ni limitar las facultades de las que disponen las autoridades nacionales de control en virtud de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la Directiva. En este sentido, el Tribunal de Justicia destaca el derecho a la protección de los datos personales garantizado por la Carta y la función que ésta atribuye a las autoridades nacionales de control, y declara inválida la Decisión de la Comisión de 26 de julio de 2000 [Decisión 2000/520/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000, con arreglo a la Directiva 95/46, sobre la adecuación de la protección conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicadas por el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América (DO L 215, p. 7)]. Como consecuencia de esta sentencia judicial, la autoridad irlandesa de control está obligada a examinar la reclamación del Sr. Schrems con toda la diligencia exigible y, al término de su investigación, deberá decidir si, en virtud de la Directiva, debe suspenderse la transferencia de los datos de los usuarios europeos de Facebook a Estados Unidos porque ese país no ofrece un nivel de protección adecuado de los datos personales.

La referida sentencia judicial pueda consultarse en el siguiente enlace:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=172254&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=312534> (fecha de consulta: 6 de junio de 2016).



ha marcado un punto de inflexión respecto a cómo se venían realizando las transferencias internacionales de datos de empresas de la Unión Europea a EE.UU., además de determinar las obligaciones que tienen las autoridades de control europeas de atender aquellas denuncias que pueda presentar un ciudadano respecto a un tratamiento de sus datos que implique una transferencia de datos a EE.UU. según el acuerdo de Puerto Seguro.”¹⁶¹

Así, si los datos personales se transfieren de la Unión Europea a responsables, encargados u otros destinatarios en terceros países o a organizaciones internacionales, esto no debe menoscabar el nivel de protección de las personas físicas garantizado en la Unión Europea por el nuevo reglamento de protección de datos, ni siquiera en las transferencias posteriores de datos personales desde el tercer país u organización internacional a responsables y encargados en el mismo u otro tercer país u organización internacional

Con esta finalidad se encomienda a la Comisión la evaluación del nivel de protección que ofrece un territorio o un sector de tratamiento en un tercer país, y en el supuesto que la Comisión no haya adoptado una decisión de adecuación sobre un territorio o sector, la transferencia de datos personales se puede seguir realizando en casos especiales o cuando existan garantías apropiadas (cláusulas tipo de protección de datos, normas corporativas vinculantes, cláusulas contractuales...).

Hay que tener en cuenta que tras la disolución del acuerdo Safe Harbor, se abrió un período de negociación en el marco del cual, la Comisión Europea y el Departamento de Comercio de EEUU, han alcanzado un acuerdo que permitirá llevar a cabo transferencias internacionales de datos con garantías suficientes, a través del denominado acuerdo Privacy Shield.

¹⁶¹ García Romero, S: *Nuevo marco jurídico europeo en protección de datos: novedades conocidas y otras no tan conocidas*. Diario La Ley, Nº 8691, Sección Documento on-line, 28 de enero de 2016, Editorial LA LEY.

En definitiva, en ausencia de una decisión por la que se constate la adecuación de la protección de los datos, el responsable o el encargado del tratamiento deben tomar medidas para compensar la falta de protección de datos en un tercer país mediante garantías adecuadas para el interesado.

14º) INTRODUCCIÓN DEL SISTEMA DE VENTANILLA ÚNICA (ARTÍCULOS 60-67 RGPD)

La introducción de este sistema “One stop shop” permite que los responsables que estén establecidos en varios Estados miembros o que, estando en un solo Estado miembro, hagan tratamientos que afecten significativamente a ciudadanos en varios Estados de la UE tengan a una única autoridad de protección de datos como interlocutora.

Asimismo, supone que cada autoridad de protección de datos europea, en lugar de analizar una denuncia o autorizar un tratamiento a nivel estrictamente nacional, a partir de la entrada en vigor del RGPD valorará si el supuesto tiene carácter transfronterizo, y en caso afirmativo habrá de proceder a iniciar un procedimiento de cooperación entre todas las autoridades afectadas buscando una solución aceptable para todas ellas. En el supuesto que hubiera discrepancias insalvables, el caso puede elevarse al Comité Europeo de Protección de Datos para que resuelva la controversia mediante decisiones vinculantes para las autoridades implicadas.

En todo caso, ello seguirá permitiendo que los interesados pueden continuar planteando sus reclamaciones o denuncias ante su propia autoridad nacional (en España la AEPD), sin perjuicio de que la gestión será realizada por esa autoridad, que será también responsable de informar al interesado del resultado final de su reclamación o denuncia. La ventanilla única no afectará a empresas que sólo



estén en un Estado miembro y que realicen tratamientos que afecten sólo a interesados en ese Estado.

15º) CREACIÓN DEL COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS (ARTÍCULOS 68-70 RGPD)

El RGPD promueve la creación de un órgano independiente, Comité Europeo de Protección de Datos, que estará formado por representantes de las autoridades de control de cada uno de los estados miembros, así como por el Supervisor Europeo de Protección de Datos y será responsable, entre otras cosas, de garantizar la aplicación coherente del reglamento, asesorar a la Comisión sobre toda cuestión relativa a la protección de datos personales en la Unión, emitir directrices y recomendaciones de buenas prácticas, o ser responsable de la acreditación de los organismos de certificación así como de su revisión periódica.

16º) NUEVA NORMATIVA EN RELACIÓN A LAS SANCIONES Y MULTAS (ARTÍCULOS 82-84 RGPD)

El RGPD contempla la posibilidad de que el interesado que considere vulnerados los derechos, pueda conferir mandato a una entidad, organización o asociación sin ánimo de lucro para que presente en su nombre una reclamación ante la autoridad de control, ejerza el derecho a la tutela judicial en nombre de los interesados e incluso y el derecho a ser indemnizado, si así lo establece el Derecho del Estado miembro.

El RGPD declara que el responsable o el encargado del tratamiento tiene que indemnizar cualesquiera daños y perjuicios que pueda sufrir una persona como consecuencia de una infracción del Reglamento (artículo 82.1 RGPD), aunque aquellos quedarán exentos de responsabilidad si se demuestra que en modo alguno son responsables de los daños y perjuicios (artículo 82.3 RGPD).

El régimen sancionador se agrava y se vuelve mucho más exigente que el actual¹⁶², y así una de las novedades que se contemplan en el RGPD en materia sancionadora es la posibilidad de llegar a imponer sanciones, multas administrativas, que pueden alcanzar los 20.000.000 de euros o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 4 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía. (artículo 83.5 RGPD).

4.- CONCLUSIONES

Como hemos podido comprobar, la aprobación del RGPD supone la introducción de importantes novedades en materia de protección de datos personales, y así, presenta aspectos muy relevantes y positivos, como es el hecho que supone implantar, por vez primera, una regulación jurídica homogénea y uniforme en materia de protección de datos para todos los Estados miembros de la Unión Europea lo que beneficia tanto los consumidores como a las propias empresas, que disponen de una norma única que implantar en todos los países miembros, con la consiguiente seguridad jurídica y transparencia.

Además, el ámbito de protección en materia de protección de datos, para los ciudadanos que forman parte de los Estados miembros de la Unión Europea, se amplía de forma considerable desde un punto de vista subjetivo y territorial puesto que ahora con el RGPD se regula no solamente la protección de los datos personales de las personas físicas, sino también la circulación de esos datos, y ello no solo en el ámbito territorial de la propia Unión Europea, ya que se extiende también al tratamiento de los datos de los ciudadanos europeos fuera del ámbito de la Unión.

Por otra parte, se trata de una norma muy técnica, extensa y minuciosa, resultado de una larga y compleja tramitación, que contiene numerosos conceptos jurídicos

¹⁶² Véase que en el artículo 45.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), las infracciones muy graves son sancionadas con multas de hasta 600.000 euros.



indeterminados en su articulado que dificultan su comprensión y que pueden generar problemas interpretativos en el futuro. También ha sido cuestionado por expertos en la materia (Javier Puyol Montero, Paula Ortiz López...) si nos encontramos ante un Reglamento que ya ha nacido desfasado, en la medida que, sorprendentemente, no contempla la regulación jurídica de cuestiones tecnológicas actualmente operativas y de uso masivo por los ciudadanos, que tienen una incidencia directa en los datos personales: Big Data, el Cloud Computing, la Internet de las cosas o BiTech.

La sensación que transmite la lectura del RGPD es que la normativa en materia de cumplimiento, aunque afecta a todos los entornos de la actividad, está concebida fundamentalmente pensando en grandes corporaciones, cuando la pequeña y mediana empresa es la mayoritaria tanto a nivel nacional como europeo.

La entrada en vigor del RGPD y su posterior aplicabilidad plantea igualmente el debate jurídico no resuelto de su compatibilidad y coexistencia con nuestra ley nacional en materia de protección de datos (LOPD), por lo que resultará importante ver la posición al respecto que se mantiene por la AEPD.

En este sentido, resultará también de interés comprobar si la circunstancia que los datos biométricos sean considerados ahora de especial protección va a suponer alguna modificación sustancial en el tratamiento de los datos biométricos en el entorno laboral, y su encaje con la excepción que se prevé en el artículo 9.2 b) RGPD¹⁶³ sobre la base del principio de proporcionalidad.

Como ya ha recomendado la AEPD, las empresas deberían comenzar a revisar la forma en la que obtienen y registran el consentimiento, ya que actuaciones que se encuadran en el denominado consentimiento tácito y que son aceptadas bajo

¹⁶³ Este precepto se refiere a que: *“el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado”*.

la actual normativa nacional de protección de datos dejarán de serlo cuando el Reglamento sea de aplicación.

Además, y como ya hemos expuesto, hay que tener en cuenta que el consentimiento tiene que ser verificable y que quienes recopilen datos personales deben ser capaces de demostrar que el afectado les otorgó su consentimiento, por lo que también resultará importante revisar los sistemas de registro del consentimiento para que sea posible verificarlo ante una auditoría.

Finalmente, indicar que resulta bastante previsible que la entrada en vigor del nuevo régimen sancionador implique un considerable incremento de las denuncias que se interponen actualmente en materia de protección de datos puesto que actualmente, en la LOPD, no se prevé ninguna indemnización para los damnificados, solo sanción administrativa para los responsables, situación que cambiará con la entrada en vigor.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CARO, M: *Derecho al olvido en Internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*, Editorial Reus, 2015. ISBN 978-84-290-1836-3.

GUASCH PORTAS, V: *Las transferencias internacionales de datos en la normativa española y comunitaria*. AEPD y BOE. Madrid 2014.

RALLO LOMBARTE, A: *El derecho al olvido en internet: Google versus España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. ISBN 978-84-259-1593-2.

REBOLLO DELGADO, L y SERRANO PÉREZ, M^a: *Manual de protección de Datos*. Dikynson. Madrid 2014.

REBOLLO DELGADO, L Y SERRANO PÉREZ, M^a: *Introducción a la protección de datos*. Dykinson. Madrid 2008.



SIMÓN CASTELLANO, P: *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE: efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014*, Bosch, 2015. ISBN 978-84-9090-021-5.

TRONCOSO REIGADA, A: *Hacia un nuevo marco jurídico europeo de protección de datos personales*. Revista Española de Derecho Europeo nº 43 de 2012, páginas 25 a 184.

“EL PLAN DE PAGO A PROVEEDORES Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: ANTE EL INMINENTE PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA”

D. ROBERTO MAYOR GÓMEZ

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Fecha de finalización del trabajo: 15 de junio de 2016

SUMARIO

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. LA CONTROVERSIJA JURÍDICA EN LOS ÓRGANOS JUDICIALES ESPAÑOLES**
- 3. LA POSICIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES ESPAÑOLES Y EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**
- 4. ANÁLISIS DE CUESTIONES JURÍDICAS CONTROVERTIDAS**
- 5. CONCLUSIONES**

1. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo se pretende abordar una cuestión jurídica, de indudable trascendencia económica para el Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales, que si bien está siendo resuelta por los órganos jurisdiccionales nacionales de forma mayoritaria a favor de las Administraciones Públicas está



todavía lejos de ser un asunto definitivamente zanjado al estar pendiente de diversas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

A partir del último trimestre del año 2007, la grave situación de crisis económica padecida en España generó una drástica caída de la actividad económica y correlativamente una fuerte bajada en la recaudación de recursos por parte de las Administraciones, lo que provocó importantes retrasos en el pago de las obligaciones que habían contraído aquellas con sus proveedores, con la consecuente repercusión negativa en la liquidez de las empresas, y, por ende, en el ciclo económico productivo. Asimismo, hay que tener en cuenta que en este periodo existían además unos criterios ciertamente restrictivos para las empresas para acceder a líneas de crédito y obtener así financiación, lo que agravaba aún más el problema que tenían los proveedores con las Administraciones¹⁶⁴.

¹⁶⁴ En las conclusiones del artículo “Los mecanismos extraordinarios de pago a proveedores de las Administraciones Públicas en España” se declara que: “Las iniciativas llevadas a cabo por el gobierno central desde 2012 con el objetivo de reducir la deuda comercial de las administraciones territoriales se han traducido en una normalización del stock de deudas pendientes de dichas administraciones con el sector privado y de los períodos de pago a los proveedores. Los sucesivos planes han permitido desbloquear pagos y canalizar fondos hacia el sector privado por cerca de 67 mm en algo menos de tres años. En la medida que estos mecanismos se han puesto en marcha tras un incremento previo significativo de los plazos de pago de CCAA y CCLL y en un contexto de debilidad económica severa, consolidación fiscal y dificultades de acceso al crédito, han podido tener un efecto de estímulo sobre los agentes privados y la economía en su conjunto, que habría ayudado a mitigar algunos de los efectos negativos de la crisis económica. Las distintas estimaciones presentadas en este trabajo confirman un impacto positivo significativo sobre la actividad si bien resulta complejo estimar con precisión su magnitud, dada la variedad de canales sobre los que este tipo de planes han podido operar, que resultan difíciles de captar con los modelos macroeconómicos disponibles. En conjunto, las medidas puestas en marcha han resultado muy efectivas para dotar de liquidez a los proveedores de CCLL y CCAA, que habían visto incrementar sus facturas pendientes de pago de forma muy significativa durante la crisis económica. En paralelo, han supuesto también un aumento importante del endeudamiento de estas con el Estado. Con el fin de evitar que este tipo de ayudas genere incentivos inadecuados en el

En un primer momento, para tratar de dar solución a esta situación se aprobó el Real Decreto-ley 5/2009, de 24 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes para facilitar a las entidades locales el saneamiento de deudas pendientes de pago con empresas y autónomos, y el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, en donde se instrumentalizó una operación especial de endeudamiento y una línea de avales del Instituto de Crédito Oficial para el saneamiento de deudas de las entidades locales para, posteriormente, crear una línea de crédito para la cancelación de deudas de las entidades locales con empresas y autónomos.

La falta de eficacia de estas medidas, con el agravante de una situación generalizada de falta de liquidez en las empresas, impulsó la aprobación de nuevos instrumentos o mecanismos de pago a proveedores a través de una serie de normas¹⁶⁵.

comportamiento de las Administraciones Territoriales, los mecanismos de financiación acordados exigen el cumplimiento de unos planes de ajuste. Resulta ahora crucial exigir su cumplimiento estricto.”

¹⁶⁵ Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales (BOE núm. 48, 25 de febrero de 2012); Resolución de 13 de abril de 2012, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, por la que se publica el Acuerdo 6/2012, de 6 de marzo, del Consejo de Política Fiscal y Financiera, por el que se fijan las líneas generales de un mecanismo extraordinario de financiación para el pago a los proveedores de las Comunidades Autónomas (BOE núm. 90, 14 de abril de 2012); Orden PRE/774/2012, de 16 de abril, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 22 de marzo de 2012, para la puesta en marcha del mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las Comunidades Autónomas (BOE núm. 92, 17 de abril de 2012); Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo



Estos mecanismos de carácter extraordinario, para explicarlo de forma sencilla y simplificada, permitan a las Administraciones Públicas cancelar, mediante una operación de crédito, las obligaciones pendientes de pago con sus proveedores siempre que fueran anteriores a un determinado periodo, todo ello complementado con la debida condicionalidad fiscal.

Pues bien, en todos estos instrumentos se contiene una cláusula que declara expresamente que la adhesión por parte de los proveedores a estos instrumentos o mecanismos de pago implicará la extinción de la deuda contraída, incluyendo el principal, los intereses, costas judiciales y cualquier otro gasto accesorio, así como la terminación o finalización del procedimiento judicial de reclamación de cantidad que estuviere pendiente contra la Administración.

Así, a título ilustrativo, puesto que todos estos planes de pago a proveedores contenían una fórmula o cláusula similar, en el artículo 9 del Acuerdo de 22 de marzo de 2012, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la adhesión al mecanismo extraordinario de financiación para el pago a los proveedores de las Comunidades Autónomas aprobado por Acuerdo 6/2012, de 6 de marzo, del Consejo de Política Fiscal y Financiera se declaraba que:

“Los proveedores que figuren en la relación prevista en el apartado 5 y los que tengan derecho al cobro de acuerdo con el apartado 6, podrán voluntariamente hacerlo efectivo mediante presentación al cobro en las entidades de crédito.

El abono a favor del proveedor conlleva la extinción de la deuda contraída por la Comunidad Autónoma con el mismo por el principal, los intereses, costas judiciales y cualesquiera otros gastos accesorios.

al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE núm. 47, 23 de febrero de 2013); o el Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros (BOE núm. 155, 29 de junio de 2013).

Las entidades de crédito facilitarán a las Comunidades Autónomas y a los proveedores documento justificativo del abono, que determinará la terminación del proceso judicial, si lo hubiere, por satisfacción extraprocesal de conformidad con lo señalado en el artículo 22.1 de la Ley 1/2001, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.”

2. LA CONTROVERSIJA JURÍDICA EN LOS ÓRGANOS JUDICIALES ESPAÑOLES

Hay que partir de la base que no eran infrecuentes los supuestos en los que cuando se aprobaba un mecanismo de plan de pago a proveedores existieran ya procedimientos judiciales de reclamación contra la Administración, lo que en la mayoría de los supuestos implicaba que, una vez que se había liquidado la deuda de forma efectiva a través de aquellos instrumentos, las propias partes demandantes desistieran del procedimiento judicial, o, en su caso, la Administración pusiera esa circunstancia de manifiesto al órgano judicial, a través del correspondiente certificado acreditativo del órgano competente, y solicitara el archivo del procedimiento judicial sin que hubiera oposición por la parte demandante.

No obstante, posteriormente se comenzaron a plantear ante los órganos judiciales del orden contencioso administrativo una serie de demandas en la que los abogados/as de las empresas proveedoras que se habían acogido a los mecanismos de pago extraordinario o plan de pago, reclamaban el abono de los intereses moratorios y la condena en costas judiciales a la Administración.

Así, se trataba de procedimientos judiciales en las que se solicitaba el abono de intereses de demora en relación a facturas que ya se habían acogido a alguno de los planes de pago a proveedores, y en donde en el escrito de demanda se reconocía expresamente que se habían acogido a dicho sistema, como así e igualmente se constataba a tenor del correspondiente expediente administrativo,



lo que por tanto constituía y se configuraba como un hecho incontrovertido, que no era objeto de debate.

El planteamiento jurídico que se esgrimía era considerar que Administración deudora no puede ampararse en los preceptos de los planes de pago a proveedores para declarar que no procede el derecho al cobro de los intereses de demora, y negar, por tanto, el pago de los intereses adeudados, ya que se considera que ello no solo resultaría contrario a la normativa nacional, sino también a la Directiva Europea 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante Directiva 2000/35/CE)¹⁶⁶.

Se consideraba que una cláusula o práctica realizada por un poder público consistente en condicionar el pago de la deuda en concepto de principal a la renuncia del derecho al cobro de intereses de demora e indemnización en concepto de costes de cobro resultaría abusiva de conformidad con la literalidad del artículo 7 de la Directiva Europea 2011/7/UE, de 16 de febrero, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales¹⁶⁷, por lo que los poderes públicos del Estado español no podrían ampararse en una norma nacional de

¹⁶⁶ La Directiva 2000/35 fue transpuesta al Derecho español mediante la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Dicha Ley se aplicaba a los contratos celebrados después del 8 de agosto de 2002.

¹⁶⁷ El artículo 7.2 y 3 de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, establece que: “2. A efectos del apartado 1, se considerará manifiestamente abusiva una cláusula contractual o una práctica que excluya el interés de demora.
3. A efectos del apartado 1, se presumirá que una cláusula contractual o una práctica que excluya la compensación por los costes de cobro a los que se hace referencia en el artículo 6 es manifiestamente abusiva”.

carácter general para eludir el pago de los intereses de demora y la indemnización en concepto de costes de cobro a favor del deudor, ya que el derecho al cobro de los intereses de demora, de conformidad con las Directivas de referencia, se impondría también a todas las autoridades de los Estados miembros¹⁶⁸.

En este planteamiento jurídico, se alegaba que las previsiones del mecanismo extraordinario de pago a proveedores, por las que mediante la adhesión al mismo se extinguen los intereses, podría suponer igualmente un obstáculo para el buen funcionamiento del mercado interior, vulnerando la normativa comunitaria¹⁶⁹, por lo que la práctica de pago consistente en la exclusión del derecho al cobro de intereses de demora y costes de cobro, resultaría contrario a la Directiva 2011/7/UE¹⁷⁰ y supondría un obstáculo al buen funcionamiento del mercado interior.

¹⁶⁸ En la **sentencia de 24 de mayo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), en el Asunto C-97/11**, se establecía que:

“Por lo que respecta a los artículos 1 a 3 de la Directiva 2000/35, procede señalar que el artículo 3 de dicha Directiva establece que los Estados miembros deben velar por que puedan exigirse intereses de demora en el caso de retraso en el pago, y pueda reclamarlos el acreedor que haya cumplido sus obligaciones contractuales y legales y que no haya recibido a tiempo la cantidad debida, a menos que el deudor pueda probar que no es responsable de ese retraso.”

¹⁶⁹ Se invocan, entre otras normas comunitarias, los considerandos novenos y siguientes de la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio de 2000, que declaran que *“las diferencias existentes entre los Estados miembros en los que se refiere a las normas y prácticas de pago constituyen un obstáculo para el buen funcionamiento del mercado interior”*, y el artículo 7.1 de la Directiva 2011/7/UE, que dispone que *“Los Estados miembros dispondrán que una cláusula contractual o una práctica relacionada con la fecha o el plazo de pago, el tipo de interés de demora o la compensación por costes de cobro si resulta manifiestamente abusiva para el acreedor no sea aplicable o pueda dar lugar a una reclamación por daños”*.

¹⁷⁰ Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones



Además, se argumentaba que para que la renuncia a un derecho pueda ser admisible no puede estar condicionada, de conformidad con la Directiva 35/2000/CE¹⁷¹, y la LCSP, y ello de conformidad igualmente con algunos pronunciamientos judiciales de los Tribunales¹⁷².

Por todo lo anterior, entendían que debiera procederse al abono de los intereses reclamados y, subsidiariamente, que los órganos judiciales planteasen cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Frente a estas argumentaciones jurídicas, por las Administraciones Públicas se alegaba, por contra, otro planteamiento jurídico consistente en que los recurrentes habían decidido adherirse libre y voluntariamente, con pleno conocimiento de sus condiciones, al mecanismo financiero de pago a proveedores, y que en estos instrumentos se contemplaba expresamente: el

comerciales (DO 2011, L 48, p. 1), que es una versión refundida y modificada de la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (DO 2000. L 200, p. 35).

¹⁷¹ Véase a estos efectos la Sentencia de 11 de septiembre de 2008, Caffaro (C-265/07, EU:C:2008:496), apartado 14

¹⁷² En la **Sentencia núm. 100/2014, de 4 de abril, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª**, se dispone que: *“...la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado en innumerables ocasiones sobre la renuncia de derechos al interpretar el artículo 6.2 del Código Civil (LEG1889,27), como manifestación de voluntad que lleva a cabo su titular por cuya virtud hace dejación de los mismos que exige que sea personal, clara, terminante e inequívocos y sin posibilidad de autorizar situaciones inciertas o contradictorias (S. Tribunal Supremo de 31-10-1996 que cita las de 12-5-1993, 3-3- y 25-4-1986, 11-6 y 16-10-1987 y 7-7-1988, 28-1- 1995, 30-9-1996, 30-06-2003) y que ha de merecer una interpretación restrictiva (Sentencia T.S. de 7 de junio de 1983).”*

En la **Sentencia de 24 de mayo de 2012, en el Asunto C-97/11, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta)** se refiere que: *“La obligación impuesta a los Estados miembros es incondicional y suficientemente precisa para producir efecto directo...”*

carácter voluntario de adhesión al plan de pago; que el abono a favor del proveedor conllevaría la extinción de la deuda contraída por la Administración Pública con el mismo por el principal, los intereses, costas judiciales y cualesquiera otros gastos accesorios; y que el abono de la deuda que determinaría la terminación del proceso judicial, si lo hubiere, por satisfacción extraprocésal de conformidad con lo señalado en el artículo 22.1 de la Ley 1/2001, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Por otra parte, no nos encontraríamos ante una cuestión de primacía del derecho comunitario, sino ante una adhesión voluntaria a un sistema o instrumento de pago en la que una empresa o entidad mercantil voluntariamente aceptaba las condiciones predispuestas, que conocía de antemano y que además habían sido publicadas en el correspondiente boletín o diario oficial sin que pueda alegarse desconocimiento, y sin que tampoco constase que hubieran sido impugnadas judicialmente, por lo que se consideraba una actuación administrativa firme y consentida.

En efecto, se consideraba que no era admisible la invocación de la normativa nacional y comunitaria para entender que los mecanismos o planes de pago a proveedores eran nulos de pleno derecho, por una cuestión básica y esencial, y es que el instrumento financiero utilizado es totalmente voluntario y no tiene carácter imperativo por lo que difícilmente, teniendo esa naturaleza paccionada, pueda entenderse vulneradora de normativa comunitaria, y todo ello sin perjuicio que se consideraba que el citado instrumento era plenamente ajustado a derecho y respetuoso con la normativa nacional y comunitaria, por lo que resultaría improcedente igualmente plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Se oponía que estaríamos, por el contrario, ante un supuesto de actuación contra actos propios que ha sido vetado por la jurisprudencia como forma de proceder en el tráfico jurídico, y así por los órganos judiciales, entre otras en la **STS de 2 de febrero de 1996**, EDJ 52221, se ha declarado que se falta a la buena fe cuando se



va contra el resultado de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después, en perjuicio de quien puso su confianza en ella.

La inadmisibilidad de actuar en contra de los propios actos supone un límite del derecho subjetivo, como consecuencia de la buena fe y de la exigencia de la observancia de una coherencia en el ámbito del tráfico jurídico, que será apreciable cuando concurren los siguientes requisitos:

- que los actos sean válidos y eficaces en Derecho
- que obedezcan a una determinación espontánea y libre de la voluntad, manifestada de forma expresa o tácita, pero indubitada y concluyente
- que su objeto consista en crear, modificar o extinguir alguna situación jurídica, de tal suerte que causen estado y definan inalterablemente la situación de quien los realice
- que se opongan a la acción ejercitada por éste
- que exista un nexo de causalidad eficiente entre dichos actos y su incompatibilidad con lo ulteriormente pretendido.

La doctrina de los actos propios tiene su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y auto limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables **(STS de 25 de octubre de 2000, EDJ 35383; o STS de 28 de noviembre de 2000, EDJ 41086)**, y así, entre la conducta anterior y la pretensión actual debe existir una incompatibilidad o contradicción, en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior **(STS de 9 de mayo de 2000, EDJ 9282; o STS de 25 de enero de 2002, EDJ 382)**.

Pues bien, dentro de los argumentos jurídicos que eran esgrimidos por la Administración se consideraba que, en este tipo de supuestos, concurrirían todos estos requisitos de actuación contra actos propios puesto que no era admisible que voluntariamente, sin objetar ninguna cuestión y con conocimiento de sus requisitos, entre ellos se encontraba la extinción de la deuda en relación con los intereses, se adhiere a un plan por el que se aprueba la adhesión al mecanismo extraordinario de financiación para el pago a proveedores, para, una vez abonado por la Administración las deudas pendientes, interponer un recurso contencioso administrativo solicitando los intereses a los que había renunciado voluntaria y previamente.

Conforme a la doctrina general del Derecho, los acuerdos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (artículo 1258 CC); la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (artículo 1256 CC); los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez (artículo 1287 CC). No habiendo vicio de voluntad alguno en la adhesión de la parte al acuerdo o mecanismo extraordinario de pago a proveedores que prevé la renuncia expresa y voluntaria de los intereses de demora y cualesquiera otros gastos accesorios con el cobro del principal, se debería cumplir con lo pactado conforme a la buena fe y sin que pueda ahora mantener una pretensión a la que expresamente ha renunciado.

Por tanto, y de conformidad con lo dispuesto en los mecanismos extraordinarios de financiación para el pago a los proveedores, norma que resultaba de aplicación, y con fundamento en la normativa procesal de los artículos 76 y 77 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio, y 22.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2001, de 7 de enero, procedía la finalización del proceso por satisfacción extraprocésal, y subsidiariamente la desestimación de la pretensión por improcedencia.



3. LA POSICIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES ESPAÑOLES Y EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

En relación al criterio imperante en nuestros Tribunales u órganos judiciales, se puede comprobar como existe una línea jurisprudencial mayoritaria, principalmente en los Tribunales Superiores de Justicia¹⁷³, que ya ha analizado el alcance de los preceptos de los mecanismos o planes extraordinarios de pagos a proveedores, en el sentido de validar que el abono de la deuda implicaría la extinción de la deuda contraída por la Administración Pública con el mismo por el principal, los intereses, costas judiciales y cualesquiera otros gastos accesorios¹⁷⁴.

¹⁷³ Así, además de la sentencia judicial trascrita parcialmente, se pueden citar, entre otras: **sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Islas Baleares, sec. 1ª, de 31 de mayo de 2013, nº 452/2013, rec. 112/2013, Pte: Frigola Castellón, María Carmen; sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, sec. 3ª, de 27 de junio de 2013, nº 222/2013, rec. 153/2013, Pte: Maldonado Muñoz, Pilar;**

¹⁷⁴ Así, entre otras, en la **sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Valencia, sec. 5ª, de 21 de diciembre de 2012, nº 680/2012, rec. 437/2010, Pte: Belmont Mora, José**, que en un asunto idéntico al que nos ocupa, resolvía que:

"(...) SEGUNDO.- Nos encontramos con un contrato de obra celebrado entre la empresa demandante y la Consellería de Justicia y Administraciones Públicas de la Generalidad Valenciana, donde la actora reclamó el pago de la suma de 856.643,09 euros de principal, más los intereses de demora, en el escrito de demanda y, tras la formulación de conclusiones reconoce haber percibido dicho importe de principal, en virtud del "Plan de Pagos a Proveedores CCAA", solicitando el abono de 325.909,08 euros en concepto de intereses de demora. Como quiera que en virtud del punto 9 del Acuerdo 6/2012, de 6 de marzo, del Consejo de Política Fiscal y Financiera, al amparo del cual percibió la actora el importe de las certificaciones reclamadas en autos, "El abono a favor del proveedor conlleva la extinción de la deuda contraída por la Comunidad Autónoma con el mismo por el principal, los intereses, costas judiciales y cualesquiera otros gastos accesorios", procede, en consecuencia, reconocer la improcedencia de la reclamación de intereses formulada por Dragados, S.A. y desestimar totalmente la demanda.(...)".

En todas estas resoluciones judiciales se analiza el pago de intereses de demora de certificaciones de obra que pertenecían a contratos administrativos que fueron parcialmente abonados con cargo a diferentes mecanismos de financiación u otros instrumentos similares, y en las que se declara que al haberse cobrado certificaciones correspondientes al contrato con cargo al mecanismo de pago de proveedores supone la renuncia al cobro de los intereses de todas las certificaciones del contrato, incluso las que no hayan sido abonados a través del plan de pago a proveedores.

En definitiva, por los órganos judiciales, principalmente Tribunales Superiores de Justicia, se diferencian de forma nítida dos situaciones a las que anuda consecuencias jurídicas diferente, y así, se establece que quien voluntariamente acude a la vía que establece, por ejemplo, el artículo 9 del Real Decreto-ley 4/2012 conoce y acepta que el efecto de cobrar el principal de la deuda supone como contraprestación dejar de cobrar intereses vencidos y costas judiciales, en su caso, y gastos accesorios; pero que quien voluntariamente decide no acudir al mecanismo de financiación, no cabe duda que en su día podrá cobrar la deuda pendiente, más intereses generados, costas y gastos.

Igualmente, en el mismo sentido y procedente de la misma Sala, la **sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Valencia, sec. 5ª, de 14 de enero de 2015, n.º 15/2015, rec. 81/2012**, que declara que: *“Los efectos extintivos del abono de las deudas pendientes de pago conforme a dicha norma, se establecen expresamente en el artículo 9.2 comprendiendo además del principal, los intereses, costas judiciales y cualesquiera otros gastos accesorios.*

De este modo, y en el marco de las previsiones contenidas en aquel precepto, no puede prosperar la tesis de la parte recurrente en cuanto al abono de los intereses de demora devengados de aquellas certificaciones de obra endosadas y sometidas al mecanismo excepcional del pago a proveedores por parte de las entidades endosatarias pues, precisamente, el endoso de las mismas y el correlativo acogimiento voluntario a este sistema excepcional de cobro excluye, expresamente, la reclamación de los intereses de demora, sin que la pretendida vulneración de la normativa comunitaria referida en la demanda, permita estimar la pretensión de la parte recurrente conforme a lo que se ha venido razonando, es decir, el carácter excepcional y voluntario de este mecanismo de pago”.



No obstante, tampoco se puede obviar la existencia de resoluciones judiciales aisladas de algunos Juzgados de lo Contencioso Administrativo que han reconocido el derecho al cobro de los intereses, aún a pesar de haberse adherido al plan o mecanismo de pago a proveedores¹⁷⁵.

¹⁷⁵**Sentencia 395/2012, de 25 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1, de los de Murcia** en donde se declara que *"La parte recurrente ha reclamado el pago de los intereses de demora según previene la Directiva 2000/35/CE y la actual redacción del art. 99.4 del TR de la LCAP y en el art. 200.4 de la actual Ley 3/2004 de la LCSP y 2.- la suma de 78,13 € por costes de cobro; adoptando cuantas medidas legales sean precisas para la efectividad de los pronunciamientos que se dicten e imponiendo las costas a la parte demandada. Y reservándose las acciones para el cobro de los intereses de los intereses de demora, para el caso que estos no se paguen junto con el principal. la parte demandada, tras estimar la procedencia del pago de las nueve facturas, en el sentido expuesto ha negado la procedencia del pago de los intereses de demora ya que, al haber aceptado la actora el Plan de Pagos propuesto por la Administración ello llevaba consigo la pérdida de cualquier otra cantidad accesorio como intereses o gastos de cobro y que el pago de intereses de los intereses de demora tampoco procede al ser el importe de éstos litigioso. No obstante, a los meros efectos dialécticos, si se hubiera acreditado dicha renuncia con la aceptación del plan de pagos antes citado, tampoco sería óbice para el reconocimiento de dicho derecho tal y como ha razonado el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sección tercera de la Sala de lo contencioso administrativo en Sentencia núm. 1448 de 2009 y demás precedentes de otros Órganos jurisdiccionales de aquella Comunidad Autónoma que funda tal derecho en la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno fundamentado en la doctrina establecida en reiteradas sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que opera frente a cualquier fuente ya sea anterior o posterior al derecho Comunitario y respecto tanto de los órganos jurisdiccionales como del resto de los órganos del Estado"; la **Sentencia núm. 36/2013, de 15 de enero, del Juzgado de lo Contencioso administrativo núm. 1 de los de Murcia**, la cual señala que: *"Planteado el presente litigio en los términos expuestos en el fundamento que precede, y por razones expositivas empecemos por la procedencia de! pago de los intereses de demora. La administración demandada no adjuntó el documento acreditativo de que la entidad actora se sometió al clausulado del Plan de Pagos, por el que renunciaba al cobro de intereses o cualquier otro recargo, para cobrar el importe de las facturas que le eran adeudadas, entendiéndose que si no se sometía a tal aceptación no se establecía fecha del pago. No estando acreditado que la entidad actora aceptara de forma expresa la renuncia al cobro de intereses de demora o cualquier otro recargo como condición para**

Por otra parte, en cuanto al planteamiento de una cuestión prejudicial comunitaria sobre la norma que establece la renuncia a los intereses que conlleva el acogimiento al mecanismo de pago a proveedores, la mayor parte de los

*percibir el principal adeudado, procede declarar procedente el pago de intereses en la forma reclamada. No obstante, a los meros efectos dialécticos, si se hubiera acreditado dicha renuncia con la aceptación del plan de pagos antes citado, tampoco sería óbice para el reconocimiento de dicho derecho tal y como ha razonado el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo en sentencia n° 1448 de 2009 y demás precedentes de otros órganos Jurisdiccionales de aquella Comunidad Autónoma que fundan tal derecho en la primada del derecho comunitario sobre el derecho interno fundamentado en la doctrina establecida en reiteradas sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que opera frente a cualquier fuente ya sea anterior o posterior al derecho Comunitario y respecto tanto de los órganos jurisdiccionales como del resto de los órganos del Estado"; o la **Sentencia núm. 355/2014, de 24 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso administrativo núm. 6 de los de Valencia** que dispone: " En cuanto a la extinción de la deuda respecto a los intereses de demora por haber sido abonado el principal por el sistema de pago a proveedores, entiende este Juzgador que no procede no sólo por no haber aceptado este sistema de pago los acreedores de la administración, los titulares de las farmacias, siendo más bien un acuerdo entre la administración y el Colegio de Farmacéuticos, y por otra parte por aplicación de los efectos directos que tiene la directiva europea 2011/7/UE, donde se considerar dicha exclusión como una práctica nula, siendo el plazo máximo de transposición de la misma el 16-3-2013; respecto a la aplicación directa de las Directivas europeas, el Tribunal de Justicia entiende que tienen dicho efecto directo, al objeto de proteger los derechos de los particulares cuando sus disposiciones son incondicionales y suficientemente claras y precisas (sentencia del 4 de diciembre de 1974, Van Duyn). Sin embargo, el efecto directo solo puede ser de carácter vertical y únicamente es válido si los Estados miembros no han transpuesto la directiva en los plazos correspondientes. En este caso tenemos que si bien el legislador promulgó la Ley 17/14 de 30 de septiembre, donde se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, donde se modifica el párrafo final del artículo 9 de la Ley 3/04, de lucha contra la morosidad, donde se declara de forma meridiana como nulas las cláusulas y prácticas que excluyan el cobro de intereses y costes de cobro, sin embargo se mantiene la redacción originaria del artículo 9 del RDL 4/12 de 24-2, sobre procedimiento de pago a proveedores, por aplicación de aquella directiva no podemos sino considerar que aquellos intereses no deben quedar excluidos, postura que supone un cambio de criterio de este juzgador atendiendo a la mentada argumentación."*



órganos judiciales han estimado innecesario el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Así, por ejemplo, en el ámbito judicial de Castilla-La Mancha, la **sentencia de 22 de junio de 2015 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha** (recurso contencioso-administrativo 377/2013), en el fundamento de derecho tercero ha señalado lo siguiente:

“TERCERO.- En primer lugar se opone por la Administración a la tesis actora la existencia de una serie de facturas, convenientemente desglosadas en la contestación a la demanda (por importe total de 18.302.098'11 euros), para cuyo pago la parte actora se habría acogido al mecanismo especial de pago a proveedores articulado mediante Acuerdo de seis de marzo de 2012 del Consejo de Política Fiscal y Financiera, en cuya virtud se tenía que renunciar al cobro de intereses que, sin embargo, ahora se pretenden cobrar.

La parte actora aduce al respecto que, atendiendo al principio de jerarquía normativa y al de interpretación sistemática de las normas jurídicas, no sería de aplicación tal previsión y conservaría el derecho al cobro de los citados intereses.

Sin embargo, esta Sala tiene ya doctrina al respecto, en los amplios términos de la sentencia de seis de octubre de 2014, autos de recurso de apelación 93/2013, donde se nos pedía incluso el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y la respuesta que dimos, totalmente extrapolable al caso cuyo estudio nos convoca -y que por razones de unidad de doctrina, trasunto del más general principio de igualdad ante la aplicación de la ley, reiteramos- fue la siguiente:

<<“Expresa la apelante que no existe satisfacción extraprocésal pues queda pendiente el abono de los intereses de demora a que la demandante tiene derecho.

Afirma que las condiciones del Real Decreto Ley 4/2012 no constituyen una opción sino una auténtica imposición legal para hacer efectivo un cobro al que la demandante tiene derecho pues no cabe opción cuando de las dos alternativas una es completamente irrazonable, pues el plazo en el que cobrarían entonces es inasumible, más en la situación en que se produce.

Solicita el planteamiento de Cuestión Prejudicial ante el TJUE por vulnerar los artículos 3.3 y 3.4 de la Directiva 2000/35/CE que impone a los Estados Miembros la obligación de evitar la formalización de acuerdos abusivos en perjuicio de los acreedores, así como del artículo 9.3 de la CE.

Expresa que para que lo dispuesto en el artículo 9.2 del RDL 4/2012 pudiera eliminar las consecuencias de la morosidad sin contrariar lo expresado en el artículo 3.3 de la Directiva 2000/35/CE sería necesario que existiera acuerdo y que el mismo no fuera manifiestamente abusivo para el acreedor, sin que concurra ninguna de las dos circunstancias.

La directiva 2011/7/UE, no transpuesta aun por el Reino de España prevé que se considera manifiestamente abusiva una cláusula contractual o una práctica que excluya el interés de demora."

También dice que es contraria al 9.3 de la Constitución por cuanto supone una restricción de un derecho adquirido por el demandante, el derecho a la propiedad del artículo 33 de la Constitución.

El artículo 9 del Real Decreto Ley 4/2012 establece "1. Los contratistas que figuren en la relación prevista en el artículo 3 y aquellos que tengan derecho al cobro de acuerdo con el artículo 4, podrán voluntariamente hacerlo efectivo mediante presentación al cobro en las entidades de crédito.

2. El abono a favor del contratista conlleva la extinción de la deuda contraída por la entidad local con el contratista por el principal, los intereses, costas judiciales y cualesquiera otros gastos accesorios.



3. *Las entidades de crédito facilitaran a las entidades locales y al contratista documento justificativo del abono, que determinará la terminación del proceso judicial, si lo hubiere, por satisfacción extraprocesal de conformidad con lo señalado en el artículo 22.1 de la Ley 1/2001, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. "*

La resolución impugnada es plenamente ajustada a Derecho pues no hace sino trasladar al supuesto particular la consecuencia procesal prevista en el apartado 3º del referido precepto que, a su vez, deriva de la consecuencia sustantiva expresada en el apartado 2º del mismo artículo.

Expresa la demandante que la referida consecuencia legal podría resultar contraria a lo dispuesto en la Directiva 2000/35/CE y al artículo 9.3 de la Constitución.

En primer término, ha de aclararse que el planteamiento de cuestiones prejudiciales y de constitucionalidad es una facultad del Tribunal, al margen de las particulares pretensiones de las partes, en los supuestos en los que se pueda considerar preciso para resolver la cuestión sometida a debate.

No ocurre así en este supuesto, pues no cabe considerar que el RDL 4/2012 infrinja ningún precepto comunitario, dado que el mismo no impide ni afecta al surgimiento de las consecuencias de la demora previstas en la Legislación en materia de Contratos del Sector Público, incuestionadamente respetuosa con lo establecido en la citada norma comunitaria.

Es una vez que ya ha surgido el derecho derivado de la mora y cuando el mismo se ha materializado a favor del acreedor (con posibilidad de hacerlo efectivo), cuando se permite, siempre a su elección, que se produzca la extinción de dichas consecuencias preexistentes y a condición de la concesión de una mayor agilidad en el cobro del principal, derivada de la disponibilidad de crédito que para las entidades locales implicaba la aplicación del referido mecanismo.

No es cierto, como afirma la demandante, que no existiera, en realidad, mecanismo alguno para obtener el cobro razonablemente que no pasara por el sometimiento al referido Real Decreto Ley, prueba de ello es, precisamente, que la actora tenía instado frente al Ayuntamiento apelado, y ante el Juzgado de Guadalajara, un procedimiento judicial en reclamación de las mismas sumas, procedimiento en el que recayó la resolución ahora impugnada.

Tampoco se aprecia vulneración alguna de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución, por los mismos motivos. Aun siendo la propiedad un derecho constitucionalmente reconocido (artículo 33), no alcanza la consideración de derecho fundamental, como erróneamente expresa la recurrente, por lo que resulta plenamente disponible, de conformidad con lo expresado, tanto por la vía del RDL 4/2012 como también lo es por la vía del artículo 6.2 del Código civil">>.

Principio de disponibilidad de los intereses que, también aquí, hay que dar por plenamente aplicable. Este motivo de impugnación, pues, será rechazado en la sentencia”.

No obstante, otros órganos judiciales nacionales, como el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 6 de Murcia, mediante Auto de fecha 20 de noviembre de 2014, ha planteado cuestión prejudicial relativa a la interpretación de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y, en concreto, a la adecuación a Derecho de la renuncia al cobro de intereses de demora devengados por el pago fuera del plazo legalmente establecido de facturas a través del Mecanismo Extraordinario de Pago a Proveedores, aprobado por Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros (BOE núm. 155/2013, de 29 de junio de 2013).



La cuestión prejudicial planteada¹⁷⁶ por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 6 de Murcia¹⁷⁷, publicada en el DOCE de 16 de febrero de 2015, es que si teniendo en cuenta lo que disponen los arts. 4.1, 6 y 7.2 y 3 de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales:

- 1) ¿Debe interpretarse el art. 7.2 de la Directiva en el sentido de que un Estado miembro no puede condicionar el cobro de la deuda por principal a la renuncia de los intereses de demora?

¹⁷⁶ Asunto C-555/14 ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, IOS Finance EFC, S.A., contra Servicio Murciano de Salud.

¹⁷⁷ El asunto jurídico específico del procedimiento judicial que se plantea ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 6 de Murcia es que una empresa de factoring adquirió determinados créditos pendientes de pago que ostentaban algunos proveedores frente al Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma de Murcia, y los reclamó, junto con los intereses y los costes de cobro, ante los órganos judiciales españoles. Posteriormente, se adhirió al mecanismo extraordinario de financiación y recobró prácticamente el importe total del principal, aunque a pesar de ello interpuso otro recurso en el que se opone a la exclusión de los intereses y de los costes de cobro, que considera contraria a la Directiva sobre la morosidad.

Por la parte demandante se alega fundamentalmente que: 1º) el derecho al cobro de los intereses de demora y de los costes de cobro es irrenunciable y nace *ope legis* por el transcurso del plazo de pago sin que la Administración haya pagado el principal adeudado; 2º) el Real Decreto-ley 8/2013, al prever que el pago del principal conlleva la extinción de los intereses, costas judiciales y cualesquiera otros gastos accesorios, es contrario al Derecho de la Unión, y 3º) la Directiva sobre la morosidad es de aplicación directa en la medida en que declara manifiestamente abusivas las cláusulas contractuales y las prácticas que excluyan el interés de demora y la compensación por los costes de cobro.

-
- 2) ¿Debe interpretarse el art. 7.3 de la Directiva en el sentido de que un Estado miembro no puede condicionar el cobro de la deuda por principal a la renuncia de los costes de cobro?

 - 3) En caso afirmativo de las dos preguntas, ¿puede el deudor, cuando éste es un poder adjudicador invocar la autonomía de la voluntad de las partes para eludir su obligación de pago de intereses de demora y costes de cobro?

Pues bien, en las conclusiones presentadas recientemente, el 12 de mayo de 2016, sobre este asunto judicial por la abogada general, Sra. Eleanor Sharpston¹⁷⁸, ante la cuestión de si la Directiva 2000/35 se oponía a que un acreedor que

¹⁷⁸ Las conclusiones definitivas de la abogada general, en su parte final, son las siguientes:

“A la luz de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 6, de Murcia del siguiente modo:

La Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y en particular, su artículo 3, apartado 3, y la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y en particular su artículo 7, apartados 2 y 3, deben interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional que:

a) otorga al acreedor el derecho a adherirse a un mecanismo que prevé el pago «acelerado» del principal adeudado con arreglo a un contrato cuando el acreedor ha cumplido sus obligaciones establecidas en el contrato, siempre que renuncie a su derecho al pago de los intereses de demora y a la compensación por los costes de cobro, si bien
b) permite al acreedor adherirse a este mecanismo con el resultado de que conserva su derecho al interés y a la compensación, aunque es probable que tenga que esperar bastante más para cobrar.

No es necesario responder la tercera cuestión prejudicial formulada por el juzgado remitente”.



tuviera dichos derechos decidiera renunciar a ellos a cambio de un pronto pago en circunstancias en la que podría, si así lo decidiera, optar en su lugar por no hacerlo y esperar al abono del importe total, concluye, de forma rotunda, respecto al alcance de la Directiva 2000/35 que:

*“Es cierto que, para que dicha renuncia surtiera efectos, era preciso un contrato. No obstante, tal contrato sería por definición subsidiario en relación con el primer contrato, mediante el que se constituyó la propia deuda. Establecería una excepción a los derechos concedidos al acreedor mediante el primer contrato al sustituirlo por un nuevo derecho, es decir, el derecho al pago inmediato. Siempre que el derecho a esperar el pago total fuera real y no ilusorio, no veo cómo tal acuerdo podría calificarse de «manifiestamente abusivo» para el acreedor, a los efectos del artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2000/35. La mera existencia de la opción concedida al acreedor obstaría llegar a esta conclusión”.*¹⁷⁹

Además, añade que “[...] el mecanismo de financiación establecido por el Real Decreto-ley 8/2013 ofreció al acreedor la posibilidad de elegir. Podía adherirse al mecanismo, en cuyo caso recibiría el pago, si no ipso facto, al menos en un breve plazo [...] y que” “[...]En efecto, a mi juicio, este elemento de opción —y los riesgos asociados a él— forman parte normal de la vida empresarial. Tras la creación del mecanismo de financiación, se ofrecían dos alternativas. La primera (adherirse al mecanismo) ofrecía un riesgo menor y una recompensa menor. La segunda (optar por seguir como hasta ese momento) presentaba más riesgo, pero también la posibilidad de una recompensa mayor. No considero que la Directiva se aprobara para prevenir una situación de este tipo.”

¹⁷⁹ A contrario sensu, la abogada general en sus conclusiones declara que “Debo poner de manifiesto que, si la situación fuera de otro modo y el acreedor se viera sin opciones reales en este particular, consideraría que tal acuerdo infringiría los requisitos de la Directiva y sería «manifiestamente abusivo», a los efectos del artículo 3, apartado 3”.

Tampoco se considera que tenga alguna relevancia jurídica, a los efectos del presente procedimiento judicial, el hecho de que el deudor afectado en el litigio principal sea una Comunidad Autónoma y no una empresa privada.

Por todo lo anterior, concluye que *“la Directiva 2000/35 y, en particular, su artículo 3, apartado 3, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional que a) otorga al acreedor el derecho a adherirse a un mecanismo que prevé el pago «acelerado» del principal adeudado con arreglo a un contrato cuando el acreedor ha cumplido sus obligaciones establecidas en el contrato, siempre que renuncie a su derecho al pago de los intereses de demora y a la compensación por los costes de cobro, si bien b) permite al acreedor adherirse a este mecanismo con el resultado de que conserva su derecho al interés y a la compensación, aunque es probable que tenga que esperar bastante más para cobrar.”*

En cuanto al alcance de la Directiva 2011/7/ UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, las conclusiones de la abogada general son similares al señalar que: *“Sin embargo, en mi opinión nada en la Directiva 2011/7 se opone a que un acreedor celebre legalmente un acuerdo voluntario con el deudor, tras la ejecución del contrato por parte del acreedor, por el cual ha de recibir el pago inmediato del principal adeudado con arreglo al contrato a cambio de renunciar a los derechos a los que podría de otro modo tener derecho en relación con los intereses de demora y con la compensación de los costes de cobro. En particular, a mi juicio las disposiciones de tal acuerdo no constituyen «una cláusula contractual o una práctica», a los efectos del artículo 7, apartados 1 a 3, de la Directiva, ni, por extensión, son «manifiestamente abusivas», por las razones expuestas en el punto 42 anterior. En cuanto a la aplicación de esta Directiva al litigio principal, las observaciones que he formulado en los puntos 43 a 50 anteriores en relación con la Directiva 2000/35 son igualmente pertinentes en lo que atañe a la Directiva 2011/7.”*



4. ANÁLISIS DE CUESTIONES JURÍDICAS CONTROVERTIDAS

Hay que partir de la base que la Directiva 2011/7/ UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (DOUE núm. 48, de 23 de febrero de 2011) en su artículo 7.2 dispone que *“ A efectos del apartado 1, se considerará manifiestamente abusiva una cláusula contractual o una práctica que excluya el interés de demora ”*, y que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la citada Directiva, se estableció como plazo máximo para su transposición en los Estados miembros el 16 de marzo de 2013.

En nuestro ordenamiento jurídico, al menos formalmente, se produjo la transposición de la Directiva 2011/7/ UE, del Parlamento Europeo y del Consejo dentro del plazo máximo establecido, a través del Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2013) que entró en vigor el 24 de febrero de 2013, y cuya disposición adicional quinta expresamente indicaba que *“mediante este Real Decreto Ley se incorpora al Derecho español la Directiva 2011/7/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales”*.¹⁸⁰

¹⁸⁰ En su artículo 33 se modifica el artículo 9.1 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que queda redactado así:

“1. Serán nulas las cláusulas pactadas entre las partes sobre la fecha de pago o las consecuencias de la demora que difieran en cuanto al plazo de pago y al tipo legal de interés de demora establecidos con carácter subsidiario en el apartado 1 del artículo 4 y en el apartado 2 del artículo 7 respectivamente, así como las cláusulas que resulten contrarias a los requisitos para exigir los intereses de demora del artículo 6 cuando tengan un contenido abusivo en perjuicio del acreedor, consideradas todas las circunstancias del

No obstante, es el artículo 33 de la ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE 179/2013, de 27 de julio), que entró en vigor el 28 de julio de 2013, el que reconocería de forma expresa que son nulas las cláusulas que excluyan el interés de demora, en determinados supuestos, al modificar nuevamente el artículo 9.1 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que quedaría redactado del siguiente modo:

“Será nula una cláusula contractual o una práctica relacionada con la fecha o el plazo de pago, el tipo de interés de demora o la compensación por costes de cobro cuando resulte manifiestamente abusiva en perjuicio del acreedor teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, incluidas:

a) Cualquier desviación grave de las buenas prácticas comerciales, contraria a la buena fe y actuación leal.

caso, entre ellas, la naturaleza del producto o servicio, la prestación por parte del deudor de garantías adicionales y los usos habituales del comercio. Se presumirá que es abusiva aquella cláusula que excluya la indemnización por costes de cobro del artículo 8.

No podrá considerarse uso habitual del comercio la práctica repetida de plazos abusivos. Tales prácticas tendrán también la consideración de abusivas y serán impugnables en la misma forma que las cláusulas por las entidades a que se refiere el apartado 4 de este artículo.

Para determinar si una cláusula o práctica es abusiva para el acreedor, se tendrá en cuenta, entre otros factores, si el deudor tiene alguna razón objetiva para apartarse del plazo de pago y del tipo legal del interés de demora dispuesto en el artículo 4.1 y en el artículo 7.2 respectivamente; se tendrá en cuenta la naturaleza del bien o del servicio o si supone una desviación grave de las buenas prácticas comerciales contraria a la buena fe y actuación leal.

Asimismo, para determinar si una cláusula o práctica es abusiva se tendrá en cuenta, considerando todas las circunstancias del caso, si sirve principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor, o si el contratista principal impone a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas por razón de las condiciones de que él mismo sea beneficiario o por otras razones objetivas.”



b) La naturaleza del bien o del servicio.

c) Y cuando el deudor tenga alguna razón objetiva para apartarse del tipo de interés legal de demora del apartado 2 del art. 7, o de la cantidad fija a la que se refiere el apartado 1 del art. 8.

Asimismo, para determinar si una cláusula o práctica es abusiva para el acreedor se tendrá en cuenta, considerando todas las circunstancias del caso, si sirve principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor, o si el contratista principal impone a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas por razón de las condiciones de que él mismo sea beneficiario o por otras razones objetivas.

En todo caso, son nulas las cláusulas pactadas entre las partes o las prácticas que resulten contrarias a los requisitos para exigir los intereses de demora del art. 6, o aquellas que excluyan el cobro de dicho interés de demora o el de la indemnización por costes de cobro prevista en el art. 8. También son nulas las cláusulas y prácticas pactadas por las partes o las prácticas que excluyan el interés de demora, o cualquier otra sobre el tipo legal de interés de demora establecido con carácter subsidiario en el apartado 2 del art. 7, cuando tenga un contenido abusivo en perjuicio del acreedor, entendiéndose que será abusivo cuando el interés pactado sea un 70 % inferior al interés legal de demora, salvo que atendiendo a las circunstancias previstas en este artículo, pueda probarse que el interés aplicado no resulta abusivo”.

Posteriormente, la disposición adicional sexta de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE 238/2014, de 1 de octubre de 2014) ha modificado el último párrafo del apartado 1 del art. 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales añadiendo lo siguiente: “Esta posible

modificación del interés de demora, de acuerdo con lo previsto en esta Ley, no será de aplicación a las operaciones comerciales realizadas con la Administración”.

Se trata de una redacción que podría generar dudas interpretativas sobre su alcance y eficacia para las Administraciones Públicas, aunque el propio preámbulo de la disposición final explica a qué obedece la modificación del último párrafo del apartado 1 del art. 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, aclarando que la redacción procede de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, que, como hemos visto, contenía como innovación importante el establecimiento de un parámetro dentro del cual serían válidas las modificaciones del interés legal de demora, fijando, en todo caso, que sería abusivo el interés pactado cuando fuera un 70 por ciento inferior al interés legal de demora.

Esa redacción hizo surgir la duda interpretativa de si las Administraciones Públicas podrían acogerse a estas rebajas del tipo de interés de demora, declarando el propio legislador en el preámbulo que se trata de una *“interpretación que la Comisión Europea rechaza de plano y que es compartida por el Gobierno. Por ello es urgente aclarar que las Administraciones Públicas no pueden modificar el tipo de interés de demora establecido en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre”.*

Pues bien, para ver la aplicabilidad o no de la normativa comunitaria que considera manifiestamente abusiva una cláusula contractual o una práctica que excluya el interés de demora, en relación con los mecanismos de pagos a proveedores aprobados en España, y sus posibles consecuencias jurídicas, hay que tener en cuenta que han sido aprobados 3 planes de pago a proveedores en diferentes momentos temporales, por lo que es necesario diferenciar:

Por una parte, a la fecha de aprobación del primer plan de pago a proveedores a través del Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero (BOE núm. 48, 25 de febrero de 2012) no resultaría de aplicación en España la Directiva 2011/7/UE, del



Parlamento Europeo y del Consejo, puesto que tal Directiva tenía que trasponerse al ordenamiento jurídico español con posterioridad a la aprobación de este primer mecanismo y a los suministros efectuados de los que derivan las facturas reclamadas¹⁸¹. Así, por tanto, teóricamente solamente se podría invocar la aplicación directa de la Directiva Europea 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que es la norma comunitaria que en ese momento se encontraba en vigor, y era directamente aplicable en nuestro ordenamiento jurídico.

En esta Directiva 2000/35 CE, al igual que en la normativa nacional vigente en aquel momento, no se reconocía en su articulado ninguna referencia relativa a que se considere abusiva una cláusula contractual o una práctica que excluya el interés de demora como posterior y expresamente así se declaró en la Directiva 2011/7/UE, por lo que habría que entender que la previsión de la exclusión del abono de intereses a los proveedores que se adhirieron a ese primer plan o mecanismo de pago era plenamente ajustado a la normativa comunitaria, y por tanto no ostentarían ningún derecho al cobro de intereses por esa vía.

En cuanto al segundo y tercer plan de pago a proveedores, aprobados mediante Real Decreto-ley 4/2013 (BOE núm. 47, 23 de febrero de 2013) y Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio (BOE núm. 155, 29 de junio de 2013), se plantea la

¹⁸¹ No obstante, en algún supuesto particular y excepcional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido la eficacia de una directiva comunitaria posterior a una norma nacional, por ejemplo, en la **Sentencia en el asunto C106/89, Marleasing**:

"De ello se desprende que, al aplicar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado (ahora artículo 249 CE)".

problemática jurídica que el Estado Español reconoció expresamente en la disposición adicional quinta del Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, que se incorporaba al Derecho español la Directiva 2011/7/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, pero no sería realmente hasta la ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE 179/2013, de 27 de julio) que entró en vigor el 28 de julio de 2013, es decir con posterioridad a la aprobación del segundo y tercer plan de pago a proveedores, cuando se reconocería de forma expresa que son nulas las cláusulas que excluyan el interés de demora (artículo 33).

Por ello, en relación al segundo y tercer plan de pago a proveedores se podrían plantear dudas razonables¹⁸² de si se podría invocar la aplicabilidad completa de la Directiva 2011/7/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de

¹⁸² En este sentido, algunos sectores doctrinales se muestran favorables al reconocimiento del efecto directo de la citada Directiva: *“Parece que estamos, por tanto, ante un precepto suficientemente claro y preciso e incondicional como para que se produzca el efecto directo de la directiva, que tiene lugar si una vez transcurrido su plazo de transposición el Estado miembro no la ha transpuesto o la ha transpuesto de forma incorrecta (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 4 de diciembre de 1974, as. Van Duyn). Este efecto directo de la directiva conlleva que el órgano jurisdiccional nacional debe inaplicar la norma interna en favor de la comunitaria, como consecuencia del principio de primacía del derecho de la Unión (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 9 de marzo de 1978, as. Simmenthal). Pero el órgano jurisdiccional puede también, en el caso de que albergue dudas en cuanto a la interpretación de la directiva en relación con el derecho nacional, plantear una cuestión prejudicial de interpretación (así lo ha hecho, en este caso, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Murcia). Una vez que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncie sobre la cuestión prejudicial, su interpretación resultará vinculante tanto para el órgano jurisdiccional que planteó la cuestión como para todos los aplicadores del derecho de los Estados miembros.”* (Artículo *“Sobre la posibilidad de que las empresas que se acogieron al Plan de Pago a Proveedores reclamen ahora los intereses de demora”*, Blanca Lozano Cutanda e Irene Fernández Puyol; Análisis GA&P, diciembre 2015).



2011, en cuanto a la nulidad de las cláusulas que excluyan el interés de demora, puesto que expresamente la norma estatal reconoce su incorporación al ordenamiento jurídico nacional, y en base a la jurisprudencia europea¹⁸³ que en determinados supuestos reconoce a los particulares la posibilidad de alegar e invocar la Directiva ante los tribunales contra un país de la UE cuando: las disposiciones de la Directiva atribuyan derechos a los particulares; la transposición a la legislación nacional se haya producido incorrectamente; y las disposiciones de la Directiva sean incondicionales y suficientemente claras y precisas¹⁸⁴.

En todo caso, a contrario sensu, se podría argumentar jurídicamente que en la fecha de la aprobación segundo plan de pago a proveedores el Estado Español todavía se encontraba en plazo para la trasposición de la Directiva, por lo que la ausencia de la previsión expresa en la normativa nacional de la nulidad de las cláusulas que excluyan el interés de demora sería irrelevante.

En definitiva, la invocación y aplicabilidad de las Directivas Comunitarias que pueden afectar al plan de pago a proveedores en España varía según los distintos tipos o momentos de planes pago proveedores que se han ido aprobando, por lo que no se podría dar una respuesta global a la cuestión planteada, sino que exige un análisis particular en cada uno de dichos mecanismos extraordinarios de pago.

Otra cuestión jurídica interesante que se plantea es la relativa al plazo de prescripción de la acción para ejercitar el derecho al cobro de los intereses renunciados, ya que, en cualquier caso, hay que tener en cuenta que, incluso en

¹⁸³ Véanse, entre otras, las **Sentencia de los asuntos acumulados C-6/90 y C-9/9, Francovich y Bonifaci, de 19 de noviembre de 1991.**

¹⁸⁴ Véase que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en algún supuesto concreto, ha declarado que la obligación impuesta a los Estados miembros en virtud del artículo 3 de la Directiva 2000/35 para garantizar que se ha de abonar intereses en supuestos de mora es incondicional y lo suficientemente precisa para tener efecto directo [**sentencia de 24 de mayo de 2012, Amia (C-97/11, EU:C:2012:306), apartado 37**].

una eventual sentencia judicial por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea favorable para los acreedores de las Administraciones, la posibilidad de ejercitar el derecho a cobrar los intereses renunciados tiene la limitación de la prescripción extintiva, ya que el derecho a exigir el pago de las obligaciones de las Administraciones Públicas es de cuatro años, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

Aquí se plantearían diversas interpretaciones judiciales y doctrinales sobre cómo realizar el cómputo del plazo de estos cuatro años en el caso de intereses de demora, lo que exigiría un estudio particular más exhaustivo que excede del objeto del presente artículo. No obstante, en diversos artículos jurídicos doctrinales se está planteando, en la interpretación más favorable a los proveedores, que, dado que el pago a los proveedores supuso el reconocimiento de la deuda por parte de las Administraciones, el cómputo de los 4 años comenzaría desde el pago de las facturas, lo que implicaría que para aquellos acreedores del primer plan de pago a proveedores, que no hubieran reclamado en vía administrativa estos intereses renunciados, el plazo estaría prescrito o próximo a prescribir.

Sin duda, otra de las controversias que se podrían plantear en una hipotética sentencia judicial estimatoria del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sería la relativa a fijar Administración responsable del abono de los intereses renunciados.

Pues bien, a mi modo de ver, la respuesta no podría ser otra que la Administración del Estado puesto que los Reales Decretos por los que se regulaba los mecanismos extraordinarios de financiación para el pago a los proveedores de las Comunidades Autónomas, en donde se establecía esta renuncia, fueron dictados por la Administración del Estado, y no por las Comunidades Autónomas o Entidades Locales que únicamente se limitaron a gestionar dicho mecanismo, por lo que en un eventual pronunciamiento que declarase nulo por ser contrario a la normativa comunitaria alguno de sus preceptos, ello solamente podría afectar al autor de la misma, esto es, la Administración del Estado.



En este sentido, respecto al carácter ajeno de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales en el diseño de los mecanismos de pago extraordinario, la propia Abogacía del Estado en sus conclusiones¹⁸⁵, presentadas el 12 de mayo de 2016, ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara que:

“[...]La situación anteriormente señalada ponía en grave riesgo la sostenibilidad de las finanzas públicas, la supervivencia de las empresas y el mantenimiento del nivel de empleo en el país, por lo que, en un esfuerzo ímprobo por parte del Estado, se lanzó el Mecanismo de Pago a Proveedores. Su finalidad era que la Administración General del Estado facilitara un importante volumen de

¹⁸⁵ En nota de prensa publicada por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas se contiene el resumen de las conclusiones presentadas en nombre y representación del Reino de España: *“La Abogada General recuerda que el mecanismo de financiación preveía el pago “acelerado” del principal adeudado por una Administración Pública siempre que el acreedor renunciara a su derecho al pago de los intereses de demora y a la compensación por los costes de cobro. Dado que la adhesión al citado mecanismo era voluntaria por parte del acreedor, éste podría optar por no sumarse al mismo y conservar así su derecho a recibir intereses de demora y una compensación por los costes de cobro. En el escrito de conclusiones presentado hoy ante el Tribunal de Justicia de la UE, la Abogado General señala que, aunque el representante de la Comisión Europea argumentó que, en cierto modo, el mecanismo no era voluntario y que, de hecho, los acreedores no tenían elección, tal alegación resulta “infundada” teniendo en cuenta que el Gobierno español ha aclarado que “todos los acreedores que optaron por no adherirse al mecanismo ya han recibido efectivamente el pago íntegro”. Asimismo, la Abogada General señala que los acreedores que se sumaban al Plan de Pago a Proveedores se acogían a un nuevo derecho, “el derecho al pago inmediato”, a cambio de renunciar a los derechos al pago de intereses de demora y a la compensación por los costes de cobro. En su opinión, nada en la Directiva 2011/7 se opone a que un acreedor celebre legalmente un acuerdo voluntario con el deudor “por el cual ha de recibir el pago inmediato del principal adeudado con arreglo al contrato a cambio de renunciar a los derechos a los que podría de otro modo tener en relación con los intereses de demora y con la compensación de los costes de cobro”. A su juicio las disposiciones de tal acuerdo no constituyen «una cláusula contractual o una práctica abusiva», a los efectos del artículo 7, apartados 1 a 3, de la Directiva, ni, por extensión, son «manifiestamente abusivas», siempre que el derecho a esperar el pago total “fuera real y no ilusorio”. Se trata simplemente de una práctica comercial habitual, como es acordar descuentos por pronto pago”.*

financiación con el que poder saldar las obligaciones que Comunidades Autónomas y Entidades Locales tenían pendientes de pago con sus proveedores mediante su pago directo a los mismos, y con la garantía del Estado. Se trataba de dar liquidez a las empresas y autónomos convirtiendo deuda comercial entre ellos y las Comunidades Autónomas y Entidades Locales en deuda financiera entre las Comunidades Autónomas y Entidades Locales y la Administración General del Estado [...], que “[...]El Reino de España considera que las disposiciones normativas no constituyen cláusulas o prácticas contractuales en el sentido de la Directiva 2011/17/UE, al ser ajenas al principio de libertad de contratación. Así mismo, desde el punto de vista materia, se trata de la intervención de un tercero ajeno al contrato, en este caso la Administración del Estado, que paga la deuda al proveedor y pasa ser acreedor de la Comunidad Autónoma [...]”, y que “[...]Como expresamente señala el auto de planteamiento, éste es libre para adherirse al mismo y percibir el pago de la deuda no del deudor, sino de la Administración del Estado [...]” (el subrayado es del autor).

5. CONCLUSIONES

En las próximas semanas el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolverá la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 6 de Murcia acerca de si los mecanismos extraordinarios de pago a proveedores articulados por la Administración estatal, para financiar deudas contraídas por Comunidades Autónomas y entidades locales con proveedores, son o no ajustados a la normativa comunitaria, y en donde el Reino de España, potencialmente y en el caso de una sentencia desfavorable, podría tener que hacer frente a unos 3.000 millones de euros, según algunas estimaciones.

En principio, tantos los órganos judiciales españoles como las conclusiones de la abogada general parecen avalar la actuación llevada a cabo por las autoridades



españolas, aunque todo ello queda a la espera del próximo pronunciamiento judicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Como hemos apuntado, incluso en una hipotética sentencia judicial favorable a los proveedores no nos encontraríamos ante la solución del conflicto en los Tribunales españoles, ya que se plantearían interesantes debates jurídicos sobre los plazos de prescripción, su aplicación a los distintos planes o mecanismos de financiación, o la Administración responsable del pago.

BIBLIOGRAFÍA

BANCO DE ESPAÑA: *“Mecanismos de financiación extraordinarios habilitados por el Estado para el pago de las obligaciones pendientes de pago de las Administraciones Territoriales”*, Boletín Económico, abril, pp. 54-55 (Recuadro 4), 2012.

DELGADO TÉLLEZ, MAR; HERNÁNDEZ DE COS, PABLO; HURTADO SAMUEL; Y J. PÉREZ, JAVIER: *“Los mecanismos extraordinarios de pago a proveedores de las Administraciones Públicas en España”*, Documentos Ocasionales N.º 1501, Banco de España, 2015.

LOZANO CUTANDA, BLANCA: *“Creación de un fondo estatal para atender los vencimientos de deuda de Comunidades Autónomas y evitar el default: (Real Decreto-Ley 21/2012)”* Diario La Ley, ISSN 1989-6913, Nº 7903, 2012.

MORENO SERRANO, BEATRIZ: *“Renuncia a los intereses de demora en los Planes de Pago a Proveedores: planteada cuestión prejudicial”*, El Consultor de los Ayuntamientos, Nº 12, Sección Opinión/Comentarios de Jurisprudencia, Ref. 1494/2015, pág. 1494-1497, Editorial Wolters Kluwer Quincena del 30 Jun. al 14 Jul, 2015.

MORENO SERRANO, BEATRIZ: *“La abogada general de la UE avala los planes españoles de pago a proveedores”*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 11, 2016 págs. 1298-1301.

RECUERDA GIRELA, MIGUEL ÁNGEL: *“La renuncia a los intereses de demora impuesta por los Planes de Pago a Proveedores y el Derecho de la UE”*, Actualidad jurídica Aranzadi, ISSN 1132-0257, Nº 911, 2015, pág. 12.



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

BASES PARA LA PUBLICACIÓN

BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTICULOS 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, 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 jurídico 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.



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 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 ARTICULOS como las RESEÑAS deberá 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 Verdana¹⁸⁶. El cuerpo del texto principal se presentará en el tamaño 11 de dicha letra y tendrá interlineado sencillo. Las notas a pie de página tendrán tamaño 10 de letra y también tendrán interlineado sencillo y el mismo tipo de letra. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso 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

¹⁸⁶ 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.



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 notal al pie, en su caso

a) Cuarto nivel de epígrafe

Texto normal y texto de notal al pie, en su caso