

Reflexiones

num. 7 -III/08

revista de obras públicas, transportes y ordenación territorial

La gestión integrada de proyectos y la nueva ley de contratos del sector público

Francisco José Fernández Romero / José María Castro Pascual

Los criterios de valoración de inmuebles en el texto refundido de la Ley del Suelo de 2008

Delfín Fernández Martín

Contratación del sector público 3ª parte: Las fases de licitación, de adjudicación y formalización del contrato. Procedimientos de adjudicación

Julio César García Sánchez

Sentencia de 5 de septiembre de 2008 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Almería resolviendo varios recursos acumulados en el llamado caso "Algarrobico" para la construcción de un hotel en el municipio de Carboneras

Carmen Carretero Espinosa de los Monteros

Sentencia de 18 de abril de 2008, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional sobre contratación pública y liberalización de los servicios postales. Cuestión prejudicial

Carmen Carretero Espinosa de los Monteros



Consejo de redacción

Jesús Jiménez López
 Jesús Cabanillas Magro
 José Luis Nores Escobar (Director)
 Carmen Oliver Morales
 Antonio Faya Barrios
 Carmen Carretero Espinosa de los Monteros

Colaboradores permanentes

Manuel Concha Jarava
 José Ortiz Mallo
 Alejandro Segovia Brome
 José M^a Rodríguez Gutiérrez
 Francisco José Fernández Romero
 Pablo Cañas Moreno

© Junta de Andalucía. Consejería de Obras Públicas y Transportes. Gestión de Infraestructuras de Andalucía, S.A.

Reflexiones

Revista de Obras Públicas, Transportes y Ordenación Territorial
<http://www.giasa.com/reflexiones>
<http://www.ferrocarrilesdeandalucia.com/reflexiones>
 C/ Diego Martínez Barrio, 10
 41013 Sevilla
 Tfno.955 007 594 – Fax: 955 007 573
 e-mail: g.produccion@giasa.com

Coordinación edición: Dirección General de Planificación. Servicio de Publicaciones
 Maquetación: Marcos Varela/Oko
 Desing&Comunicación, S.L.
 Impresión: Oko Desing&Comunicación, S.L.
 ISSN: 1888-7090
 Depósito Legal: J-11-2008

Artículos

La gestión integrada de proyectos y la nueva ley de contratos del sector público

Francisco José Fernández Romero / José María Castro Pascual.....3

Los criterios de valoración de inmuebles en el texto refundido de la Ley del Suelo de 2008

Delfín Fernández Martín.....15

Contratación del sector público 3ª parte: Las fases de licitación, de adjudicación y formalización del contrato. Procedimientos de adjudicación

Julio César García Sánchez.....33

Reseña de Jurisprudencia

Sentencia de 5 de septiembre de 2008 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Almería resolviendo varios recursos acumulados en el llamado caso “Algarrobo” para la construcción de un hotel en el municipio de Carboneras.....73

Sentencia de 18 de abril de 2008, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional sobre contratación pública y liberalización de los servicios postales. Cuestión prejudicial

Carmen Carretero Espinosa de los Monteros.....83

Reflexiones:

Revista de obras públicas, transportes y ordenación territorial. –N.7 (III/2008)–.

Sevilla: Consejería de Obras Públicas y Transportes, 2008-09-25

v; 24 cm

Trimestral

Disponible formato impreso ed. Elec. On line con libre acceso a texto completo de toda la colección y descargable en pdf

D.L. O-2008

1. Ordenación del Territorio y Urbanismo– Andalucía-España-Publicaciones periódicas.

2. Obras Públicas-Infraestructuras-España-Publicaciones periódicas.

3. Construcción-España-Publicaciones periódicas.

4. recursos electrónicos on line-Publicaciones periódicas.

I. Andalucía. Consejería de Obras Públicas y Transportes.

II. Gestión de Infraestructuras de Andalucía, S.A. (GIASA)

La gestión integrada de proyectos y la nueva ley de contratos del sector público

Francisco José Fernández Romero.

Director de Asesoría Jurídica y Riesgos del Grupo AYESA.

José María Castro Pascual.

Letrado de la Junta de Andalucía (exc.). Montero | Aramburu Abogados.

SUMARIO: 1. Introducción. Algunas innovaciones de la Ley de Contratos del Sector Público. 2. La gestión integrada de proyectos en el Derecho Privado. 3. El responsable del contrato y su régimen jurídico básico. 4. El responsable del contrato y el contrato de obras. 5. El responsable del contrato y su relativo carácter novedoso, a la luz de la legislación preexistente. 6. El contrato de colaboración público-privada, el responsable del contrato y la gestión integral de proyectos.

1. Introducción. Algunas innovaciones de la Ley de Contratos del Sector Público¹.

El 31 de octubre de 2007 se publicó en el Boletín Oficial del Estado (BOE) la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) que entró en vigor el 30 de abril de 2008, sustituyendo al Real Decreto 2/2000 de 16 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La LCSP es una norma ambiciosa, a través de la cual se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios, que unificó las anteriores directivas en la materia.

Junto a la incorporación de la mencionada Directiva, la LCSP comprende innovaciones dignas de ser tenidas en cuenta:

- a) En primer lugar, la LCSP redefine el contrato de servicios, que a partir de ahora comprenderá, junto a los contratos de servicios originarios, los tradicionales contratos de consultoría y asistencia técnica. En relación con estos contratos, el artículo 54 de la LCSP exige la debida clasificación a aquellas empresas que aspiren a la adjudicación de contratos de cuantía igual o superior a 120.000 euros.

¹Este trabajo se plantea como continuación del trabajo publicado por FERNÁNDEZ ROMERO, FJ., “La figura del “Project Management” en los contratos de obras y consultoría. Su aplicación a los contratos administrativos” en el núm. 1 –I/07 de esta misma Revista. Aprovechamos para hacer constar, en relación con el título transcrito, que la nueva LCSP ha establecido, a nuestro juicio con total acierto, un nuevo paradigma –el concepto de contrato del sector público–, que ha convertido en trasnochada la expresión “contrato administrativo”, que debe ser sustituida por la expresión “contratos celebrados por entidades integrantes del sector público”, o similar.

No obstante, esta clasificación no es aún exigible, ya que la disposición transitoria quinta de la LCSP pospone la entrada en vigor de la referida exigencia al momento que determinen las normas de desarrollo de la Ley –entretanto, subsistirá la regulación del Texto Refundido de 2000-.

b) Debemos también referirnos a las **novedades relativas a los procedimientos de adjudicación**, que tienen una vertiente cuantitativa -establecimiento de nuevos umbrales— y otra cualitativa -creación de un nuevo procedimiento denominado diálogo competitivo-.

La nueva Ley viene a efectuar una revisión general de la regulación de la gestión contractual. Esta revisión ha afectado, de forma particular, a los procedimientos de adjudicación, elevando las cuantías de los límites superiores de los procedimientos simplificados -negociado y contratos menores-.

Para ser gráficos, resumimos el primer aspecto en el siguiente esquema:

Umbrales	Obras	Servicios y Suministros
Contratos menores (hasta)	50.000 euros	18.000 euros
Negociados sin Publicidad (hasta)	200.000 euros	60.000 euros
Negociados con publicidad (hasta)	1.000.000 euros	100.000 euros
Regulación armonizada:	5.150.000 euros	133.000 ó 206.000 euros

Por otro lado, el nuevo procedimiento del diálogo competitivo (artículos 122, 163–167, 296 de la LCSP) busca fomentar la colaboración entre el órgano de contratación y los candidatos a ser adjudicatarios de contratos complejos, a fin de desarrollar conjuntamente soluciones que sean susceptibles de satisfacer las necesidades de la Administración y sirvan de base para que dichos candidatos presenten su oferta.

c) La nueva LCSP reconoce de forma explícita la compatibilidad del contrato administrativo con la existencia de **ratios de calidad de la prestación**, que pudieran fundamentar una mayor (o menor) retribución económica para el adjudicatario. Es más, en sede de diálogos competitivos y de procedimientos negociados, se admite la existencia de precios provisionales o “sujetos a variaciones”. Así, el artículo 75 regula el precio del contrato y establece:

“(…) 4. Los contratos, cuando su naturaleza y objeto lo permitan, podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, así como penalizaciones por incumplimiento de cláusulas contractuales, debiendo determinar con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación.

5. Excepcionalmente pueden celebrarse contratos con precios provisionales cuando, tras la tramitación de un procedimiento negociado o de un diálogo competitivo, se ponga de manifiesto

que la ejecución del contrato debe comenzar antes de que la determinación del precio sea posible por la complejidad de las prestaciones o la necesidad de utilizar una técnica nueva, o que no existe información sobre los costes de prestaciones análogas y sobre los elementos técnicos o contables que permitan negociar con precisión un precio cierto.

En los contratos celebrados con precios provisionales el precio se determinará, dentro de los límites fijados para el precio máximo, en función de los costes en que realmente incurra el contratista y del beneficio que se haya acordado, para lo que, en todo caso, se detallarán en el contrato los siguientes extremos:

- a) El procedimiento para determinar el precio definitivo, con referencia a los costes efectivos y a la fórmula de cálculo del beneficio.
- b) Las reglas contables que el adjudicatario deberá aplicar para determinar el coste de las prestaciones.
- c) Los controles documentales y sobre el proceso de producción que el adjudicador podrá efectuar sobre los elementos técnicos y contables del coste de producción”.
- d) Por otro lado, la norma introduce la categoría de “contratos sujetos a una regulación armonizada” comprendida por aquéllos que, revistiendo la naturaleza de las modalidades contractuales típicas, se encuentran sometidos a directrices europeas, por razón de la entidad contratante, de su tipo y de su elevada cuantía. Pertenece a esta categoría, por definición, el **contrato de colaboración entre el sector público y el privado** (artículos 11, 13, 19, 75, 118-120, 164, 199, 289 y 290 de la LCSP), que la nueva ley incentiva con el propósito de canalizar jurídicamente prestaciones de especial complejidad, cuya financiación puede ser anticipada por el sector privado. Consiste en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que comprenderá alguna de las siguientes prestaciones (art. 11):
 - La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
 - La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
 - La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.
 - Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.
- e) Finalmente, y al margen de otras novedades que hacen que esta LCSP sea muy atractiva -desde un punto de vista de negocio- para las empresas que, por su objeto social, tienden a tener una relación más o menos estrecha con el sector público, desde la perspectiva de los fines de este

trabajo interesa también consignar la figura del **“Responsable del contrato”**, de la que nos ocuparemos in extenso en posteriores epígrafes.

Pues bien, una vez apuntadas estas novedades, cabe plantearse la posible aplicación de fórmulas de colaboración público-privada en la LCSP conforme a los esquemas de project management o gestión integrada de proyectos a que se refieren las Reflexiones de las que este trabajo parte y a las que, como ya se ha dicho, pretenden servir de continuación y, en cierto modo, de corolario.

2. La gestión integrada de proyectos en el Derecho Privado.

Conviene aquí, siquiera brevemente, hacer una recapitulación de lo expuesto en el trabajo que nos sirve de referencia. El llamado gestor de proyecto –o, en terminología anglosajona, project manager– es un nuevo sujeto entre los agentes de la edificación. A impulsos de la creciente complejidad técnica y económica del proceso de edificación, y por influencia de prácticas y procedimientos desarrollados en otros países –fundamentalmente, anglosajones–, se va consagrando –sobre todo, cuando se trata de operaciones de cierta envergadura– la intervención en dicho proceso de un nuevo agente que, en interés del promotor y contratado por éste, ofrece su pericia o especialidad en la aplicación de las modernas técnicas a fin de optimizar los objetivos de coste, plazo y calidad.

En el estudio de referencia se perfila la definición y las distintas características de esta figura en el ámbito privado: así, nos encontramos ante una técnica contractual basada en la imposición a una de las partes de obligaciones de resultado que se objetivizan en tres elementos del contrato: el precio cerrado, el plazo y la calidad, y cuya ejecución debe realizar el gestor bien con sus propios medios, bien a través de terceros y bajo su supervisión, pero siempre a su completo riesgo y ventura y bajo las determinaciones de la *lex artis* aplicable en un grado máximo.

Es difícil establecer criterios sobre la naturaleza de esta figura, de tal forma que resulten válidos para la multiplicidad de supuestos que en la práctica pueden plantearse; empero, desde este punto de vista coyuntural o práctico, la esencia negocial de la gestión integrada de proyectos se basa en la existencia de un agente que colabora con la Administración, aportando especialización, control en la ejecución del contrato, garantía de rentabilidad y, por último, una definición siempre previa de los estándares idóneos de calidad y plazo del contrato.

Así las cosas, en el ámbito de un contrato público de ejecución de obra o consultoría (ahora servicios) esta gestión integrada o integral se plasmaría, en un plano ideal, en las siguientes funciones:

- Gestión de objetivos: tenderá a abarcar todas las actividades necesarias para garantizar la realización de todas las tareas contratadas, incluyendo la verificación de su alcance y del cumplimiento de los objetivos que desea alcanzar el cliente y la propia gestión de cambios que puedan ir produciéndose en el desarrollo de dichas tareas.
- Gestión técnica: velará por que las soluciones planteadas por el proyecto cumplan todas las disposiciones legales vigentes y se organicen y resuelvan de la manera más adecuada y eficiente posible.

- Gestión de costes en general: tratará de los procesos orientados a asegurar que los trabajos realizados se lleven a cabo siempre entre los límites económicos impuestos a la actuación, incluyendo las actividades de planificación de recursos tanto materiales como humanos, la propia estimación de costes y el control de costes y gastos.
- Gestión de calidad: comprenderá todas las actividades orientadas a asegurar, tanto en la ejecución del proyecto como en su posterior traslado a la ejecución en la obra, que se satisfacen todos los requisitos de calidad, e incluirá la correspondiente elaboración de un Plan de Calidad Total en tiempo y en recursos humanos y técnicos, así como su aplicación y seguimiento.
- Gestión de riesgos: identificará, analizará y cuantificará los riesgos propios del proyecto, así como los efectos imprevistos y las contingencias que ponen en peligro la consecución de los objetivos perseguidos y deberá a su vez anticipar mecanismos de corrección de las referidas contingencias.
- Gestión de compras, adquisiciones y subcontratos: dará lugar a la elaboración de un conjunto de procedimientos orientados a la correcta definición y obtención de bienes y servicios.

En el estudio que sirve de punto de partida de estas líneas ya se hizo referencia a la importancia del contrato de colaboración público-privada como fórmula de adaptación de los modelos comerciales de gestión integrada a los contratos del sector público. A la luz de la LCSP ya vigente, queda por confirmar la mayor o menor equivalencia del contrato con el concepto de project management, así como explorar la aportación que el llamado “responsable del contrato” puede constituir en este marco -auspiciado en los últimos tiempos por las instituciones comunitarias- de una cada vez más pujante colaboración entre las instancias públicas y las privadas², y de traslación de técnicas gerenciales a la contratación pública.

3. El responsable del contrato y su régimen jurídico básico.

Dentro del Título II de la LCSP y bajo la rúbrica “Partes del Contrato”, dispone el art. 41:

- “1. Los órganos de contratación podrán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquéllos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada al ente, organismo o entidad contratante o ajena a él.
2. En los contratos de obras, las facultades del responsable del contrato se entenderán sin perjuicio de las que corresponden al Director Facultativo conforme con lo dispuesto en el Capítulo V del Título II del Libro IV.”

² Cabe citar a este respecto el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y de concesiones.

De este tenor literal se desprenden las siguientes notas esenciales del responsable del contrato:

- Carácter facultativo, en tanto corresponde al órgano de contratación la decisión de recurrir o no a ella.
- Limitación del ámbito específico de desenvolvimiento de sus funciones a la fase de ejecución del contrato: el responsable supervisa ésta y trata de asegurar la correcta realización de las prestaciones. Así se refleja en la propia Exposición de Motivos de la Ley, según la cual para reforzar el control del cumplimiento del contrato y agilizar la solución de las diversas incidencias que pueden surgir durante su ejecución se ha regulado la figura del responsable del contrato.
- Discrecionalidad del órgano de contratación a la hora de decidir, dentro del marco que acabamos de señalar, las concretas facultades del responsable del contrato.
- Aunque en el articulado de la ley no se indique expresamente nada al respecto, la esencia de las funciones que se atribuyen al responsable del contrato –supervisar, controlar, gestionar-, la asunción por parte del art. 279.4 de que los contratos que tengan por objeto la asistencia a la dirección de obras o la gestión integrada de proyectos son contratos de servicios –los particulariza desde el punto de vista de su duración, que se fijará en atención a la del contrato de obras al que se vinculen– y la claridad de los términos de su Exposición de Motivos (“se ha regulado la figura del responsable del contrato, que puede ser un apersona física o jurídica integrada en el ente, organismo o entidad contratante o ajena a él y vinculadas con el mismo a través del oportuno contrato de servicios (...) al que podrá encomendar la gestión integral del proyecto”) permiten afirmar sin ambages que la relación del responsable del contrato con la Administración se vehiculará a través del contrato de servicios.

4. El responsable del contrato y el contrato de obras.

Además de por razones ligadas a los fines de esta Revista –de acuerdo con los cuales el contrato de obra pública necesariamente ha de ocupar en ella una posición preeminente– nos circunscribiremos en las líneas que siguen al alcance de las funciones del responsable del contrato en los contratos de obras, por ser éste el contrato donde, presumiblemente, esta figura encontrará mayor arraigo y desplegará toda su virtualidad, no sin antes señalar que, a priori, estamos ante una figura cuyos cometidos no sólo se proyectan sobre los contratos de obra: dada la inexistencia de limitación o exclusión en el ámbito objetivo abarcado por el art. 41, es claro que el responsable del contrato podrá incorporarse a cualesquiera contratos celebrados por las entidades del sector público.

Pues bien, si el art. 196.8 LCSP –pese a que parece un precepto pensado principalmente para el contrato de obras– establece la facultad del responsable de proponer al órgano de contratación la imposición de penalidades en los casos de ejecución defectuosa o demora en sede de regulación de la ejecución de todos los contratos administrativos, ahora sí empleamos este adjetivo en su sentido rigurosamente jurídico– otros artículos como el 213 –que atribuye al responsable la facultad de dar instrucciones al contratista de obras –aunque estas funciones las comparte con el director

facultativo, o el 218 –según el cual el responsable concurrirá, junto con el director facultativo, a la recepción de obras– sí se ubican en sede de regulación del contrato de obras, y revelan la importancia que esta figura puede llegar a tener en esta clase de contratos.

Es recurrente en estos preceptos la presencia del director facultativo, ante lo cual cabe preguntarse qué relación tiene con él el responsable del contrato. A nuestro entender, el art. 41.2 de la LCSP peca de voluntarismo al pretender que las funciones del uno no menoscaban o alteran las del otro. En opinión de MORELL OCAÑA formulada antes de la aprobación de la nueva LCSP pero que con las debidas adaptaciones es perfectamente aplicable a ésta, el director del contrato – equiparable al responsable del contrato en la nueva ley– representaría la conexión entre la dirección de la obra y el contratista.

Podría ser éste un criterio válido de diferenciación, pero lo cierto es que el nuevo texto legal no lo acoge y así, en el antes citado art. 213, consagra una auténtica concurrencia de funciones por parte de responsable y director facultativo, eso sí, en los ámbitos de su respectiva competencia, lo cual parece constituir una apelación a que sea el órgano de contratación el que, en los pliegos correspondientes, establezca las diferentes funciones, -necesariamente habrán de ser, se nos antoja, diferencias sutiles o de detalle, v.g., si el director facultativo generalmente vigila y controla la calidad en la ejecución, el responsable vigila al vigilante –valga la redundancia– representando un control añadido y superpuesto; si el director facultativo asume las relaciones con terceros, el responsable se centrará en las relaciones con el contratista, etc.-.

El otro precepto antes citado (art. 218) tampoco es un dechado de claridad: en primer lugar, porque sus apartados 1 y 2 son de por sí equívocos en lo que hace a la concurrencia del responsable y el técnico designado por la Admón. en la recepción de las obras, en términos alternativos. En segundo lugar, porque explicita las funciones del director facultativo, que sigue teniendo los deberes de señalar los defectos, de informar sobre el estado de las obras y de dar las instrucciones oportunas al final del plazo de garantía, mientras que -en contraste– nada se dice en relación con el responsable del contrato, cuya presencia en este precepto –y por tanto en la recepción de las obras– cabe calificar de superflua.

En definitiva, entendemos que, dado el carácter discrecional de las decisiones del órgano de contratación relativas al responsable del contrato, cabe esperar que aquél lleve a efecto, en cada caso, una buena planificación del contrato, con una precisa delimitación de las funciones de cada una de estas figuras en los pliegos correspondientes que diluya cualquier conato de controversia competencial entre ambas.

Po lo demás, se observa en estos primeros meses de aplicación de la LCSP cierta preferencia por internalizar las funciones del responsable del contrato, esto es, una tendencia a que el órgano de contratación designe una persona física integrada en la entidad del sector público de que se trate para realizar funciones de vigilancia del cumplimiento de los plazos, supervisar en general la labor del director facultativo y darle, si procede, las instrucciones necesarias en nombre y representación del órgano de contratación, antes que buscarlo extramuros de la entidad contratante.

Con todo, y para concluir, debe subrayarse que el responsable del contrato puede no existir, y de hecho así ocurrirá en muchos casos. No en vano a la Administración (o, mejor, a la entidad integrante del sector público que pretenda contratar) le interesa obtener la prestación al menor coste posible y resultaría antieconómico planear un determinado contrato de obras en el que las funciones de dos contratistas destinados a coadyuvar a su correcta ejecución pudieran -siquiera parcialmente- solaparse.

5. El responsable del contrato y su relativo carácter novedoso, a la luz de la legislación preexistente.

La figura de la encomienda de gestión regulada en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común ha actuado, históricamente, como apoyatura legal de las atribuciones de las funciones propias del responsable del contrato en el marco de relaciones interadministrativas e intraadministrativas.

En efecto, su art. 15 dispone:

1. La realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño (...)
5. El régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en este artículo no será de aplicación cuando la realización de las actividades enumeradas en el apartado primero haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado, sin que puedan encomendarse a personas o Entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo.

En los apartados 2 a 4 del artículo 15 -cuya reproducción omitimos en aras de la brevedad- se completa el régimen jurídico de las encomiendas de gestión, las cuales se caracterizan por tener como destinatarios a otros órganos o entidades de Derecho Público de la misma o de distinta administración. Por consiguiente, ya este precepto configuraba una institución -la encomienda de gestión- que, en supuestos concretos, podía encerrar auténticas gestiones integradas o integrales de proyectos, dada la amplitud de la expresión “de carácter material, técnico o de servicios” -pensemos en las tareas que tradicionalmente han desempeñado las diputaciones provinciales en favor de las corporaciones locales más pequeñas o con menos recursos, contribuyendo al ejercicio, por parte de éstas, de las competencias que tienen legalmente atribuidas (v.g., la contratación pública ha sido frecuentemente encomendada a dichas diputaciones, al carecer algunos ayuntamientos de personal técnico adecuado)³.

El apartado 5 tiene por objeto las encomiendas a favor de entes sujetos al Derecho Privado y se remite a la legislación de contratación pública. Este precepto ha sido interpretado por la doctrina como un elemento de protección de los principios de concurrencia, publicidad, igualdad y no-dis-

crimación propios de la contratación pública⁴. De ahí la proscripción, como planteamiento de entrada, de encomiendas de gestión directas –esto es, al margen de los procedimientos específicos de adjudicación regulados por la legislación a la que el apartado se remite-.

Pues bien, con la vigente LCSP se mantiene dicha prohibición. En la materia que nos ocupa, la determinación de quien haya de ser el responsable del contrato se hará a través de los correspondientes procedimientos en el marco de los expedientes de contratación de un contrato de servicios –más allá, naturalmente, de la eventualidad de contratos menores o de procedimientos negociados-.

¿Qué establecía la legislación de la contratación pública con anterioridad a la LCSP? Su inmediato precedente –esto es, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000– recogía en su artículo 196.2.b), apartado 3º, como contrato de consultoría y asistencia –que, como ya se ha dicho, se ha fusionado en la LCSP con la categoría del contrato de servicios, adoptando este nombre– el llevar a cabo, en colaboración con la Administración y bajo su supervisión, la dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones, definición cuya proximidad al concepto de responsable del contrato que el art. 41 de la LCSP recoge es fácilmente perceptible. Ahora bien, en el listado exhaustivo de categorías de contratos de servicios que ofrecía el art. 206 del Texto Refundido, las funciones del responsable del contrato sólo podrían encajar en la categoría 11ª y muy forzosamente (la expresión “consultoría de dirección y conexos” resulta alicorta a los efectos que nos ocupan, pues al circunscribirse a la dirección de la obra parece hacer alusión exclusivamente a la dirección facultativa de la obra, sin incluir la supervisión ni el control). Por buscar en el Texto Refundido un precepto análogo al art. 279.4 de la actualmente vigente LCSP –al que antes se hizo referencia, su art. 198.2 también regulaba la duración de los contratos de consultoría y asistencia (ahora, de servicios) complementarios de los contratos de obras, sin más –es decir, no hacía alusión alguna a algún tipo de complementariedad que pudiera consistir en una suerte de gestión integral del proyecto-.

Ante la ambigüedad legal que acabamos de bosquejar, no encontramos argumentos concluyentes que descarten taxativamente la viabilidad de la figura del responsable del contrato en el Texto Refundido de 2000, si bien es inobjetable que ha sido la LCSP la que definitivamente ha venido a consagrarla.

Queda, en fin, la cuestión de cuáles sean las consecuencias del sintagma “sin que puedan encomendarse a personas o Entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo “. No es esta la sede adecuada para ahondar en la significación de esta oscura expresión (¿Hay actividades materiales

³Encontramos un reconocimiento legal expreso de tal práctica en la Disposición Adicional 2ª, apartado 5º de la LCSP: “asimismo podrán concertarse convenios de colaboración en virtud de los cuales se encomiende la gestión del procedimiento de contratación a las Diputaciones Provinciales o a las Comunidades Autónomas de carácter uniprovincial”.

⁴Nuevamente hemos de matizar: la llamamos así por caracterizarla de alguna manera, a sabiendas de lo equívoco de la denominación, sobre todo tras la irrupción en la LCSP de la dicotomía contratos administrativos –contratos privados, en la que buen parte de los contratos públicos serán, aunque parezca una contradicción in terminis, privados ex art. 20-.

o técnicas, o servicios, susceptibles de encomienda que se sujetan a derecho administrativo, y otras no? ¿Acaso los contratos típicos regulados en la LCSP no son, en sentido amplio, actividades esencialmente sometidas al Derecho Administrativo?), toda vez que, en cualquier caso, la LCSP es Derecho Administrativo –y ley principalísima dentro de éste-, por lo que carece de sentido plantear, siquiera a efectos dialécticos, confrontación sustantiva alguna entre la LCSP y la Ley 30/92.

De lo expuesto se deduce que **ha de relativizarse el supuesto carácter innovador del responsable del contrato en la LCSP. En resumidas cuentas, podía existir ya al amparo del artículo 15 de la Ley 30/1992, si bien sólo en su versión de órgano o entidad de Derecho Público, mientras que, en cuanto a la posible existencia de un responsable del contrato sujeto a Derecho Privado, la tibieza al respecto del Texto Refundido de 2000 se ha transformado en reconocimiento legal expreso en la LCSP;** con todo, aun siendo loable que la figura haya adquirido carta de naturaleza legal, no deja de ser criticable la regulación ofrecida por la nueva Ley, por las razones que a continuación veremos.

6. El contrato de colaboración público-privada, el responsable del contrato y la gestión integral de proyectos.

Llegados a este punto, queda por ver cuál podría ser el límite máximo de las funciones del responsable del contrato (el mínimo será el que así decida el órgano de contratación), si el que se desprende de la literalidad del art. 41 –muy contenida en la determinación del alcance de la figura– o, por el contrario, el que de deriva de una interpretación amplificativa o expansiva de dichos términos a la luz de la Exposición de Motivos de la ley y de su art. 279.4, que aluden a la gestión integral o integrada del proyecto. Indagado este extremo, volveremos al contrato de colaboración público-privada, para poder así obtener conclusiones en torno a la posible proyección del concepto de project management en la LCSP.

De acuerdo con lo expuesto en anteriores epígrafes, la figura del responsable del contrato no puede conceptuarse como un trasunto del project manager en el ámbito de los contratos del sector público: aunque la ley aluda, tal vez por la recepción apresurada de una terminología propia del Derecho privado, a la gestión integrada de proyectos vinculándola al responsable del contrato, éste no cumple con uno de los elementos que configuran la labor del project manager glosados en el epígrafe 2 de este trabajo, ya que no interviene en la definición previa de los estándares de calidad exigibles y, a mayor abundamiento, el art. 41 de la LCSP le atribuye protagonismo tan sólo en la fase de ejecución del contrato, limitación que parece desmentir esa pretendida integralidad de la gestión –no se puede, en nuestra opinión, desde un plano semántico y lógico, identificar el aseguramiento de la correcta realización de la prestación pactada con la gestión íntegra del proyecto, porque la integridad debe entenderse en un sentido (entre otros) cronológico, es decir, en el sentido de que cubra toda la vida del contrato y, si se nos apura, difícilmente se puede gestionar un proyecto cuando sólo se puede controlar la ejecución de unas prestaciones derivadas del mismo–.

En cuanto al contrato de colaboración público-privada, entendemos que, aunque refleja mejor que la figura del responsable la traslación de técnicas propias del Derecho Privado al Derecho Público –aunque, paradójicamente, la ley no anuda a este tipo de contratos la expresión “gestión integrada de proyectos”, y sólo habla de “realización de una actuación global e integrada” (art. 11)– tampoco es una categoría del todo asimilable al project management .

En efecto, si partimos de la premisa de que la gestión integrada –núcleo del project Management– debe abarcar la posibilidad de gestionar ex ante los posibles riesgos y de establecer los estándares de calidad con carácter previo a la ejecución, el contrato de colaboración se acerca más que ninguna otra figura, institución o mecanismo regulados en la LCSP a tal modalidad de gestión. En este sentido, es esclarecedor el apartado 3 del citado art. 11 (“El contratista colaborador de la Administración puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos”), que pone de manifiesto el carácter integral de las tareas que puede desempeñar el colaborador privado.

Ahora bien, si nos atenemos a los ya mencionados elementos caracterizadores de la institución en el Derecho Privado, difícilmente concurrirá el elemento del precio cerrado en un contrato en el que el cálculo de la remuneración del contratista encierra un notable grado de complejidad y dependerá en último término de la rentabilidad de la explotación económica que se lleve a efecto; el contrato de colaboración responde a motivaciones económicas autónomas que lo alejan del project management, en la medida en que implica, como su nombre indica, una colaboración permanente con el ente público y un consustancial reparto de riesgos.

El análisis del contrato de colaboración público-privada demanda, en fin, un estudio singular. Su regulación legal presenta y adolece de algunas insuficiencias y habrá que esperar al uso que las entidades del sector público hagan de este nuevo contrato antes de formular un juicio prematuro del mismo.

En cualquier caso, como colofón a este trabajo y engarzando con el final del trabajo publicado a comienzos de 2007 en esta revista sobre el project management, es innegable que, al margen de las muchas o pocas concomitancias que la figura del responsable del contrato y el contrato de colaboración público-privada puedan tener con la gestión integrada de proyectos –tal y como se entiende ésta en el Derecho Privado–, la nueva LCSP da pasos de gigante en la adquisición de un mayor compromiso de los agentes privados en la prosecución de los fines perseguidos a través de los contratos del sector público, al tiempo que avanza en la atribución de una cierta corresponsabilidad de dichos agentes privados en determinados ámbitos y admite excepciones a la otrora casi exclusiva retención de la facultad de control de la ejecución de los contratos por parte de la Administración.

Los criterios de valoración de inmuebles en el texto refundido de la ley del suelo de 2008.

Delfín Fernández Martín
Ernst & Young Abogados
Dpto. Inmobiliario y Urbanístico
Profesor del IE Business School

I.INTRODUCCION

El pasado día 26 de Junio de 2008, se publicó el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de Junio, que aprobó el Texto Refundido de la Ley del Suelo, cumpliendo así la previsión de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 8/2007 de Suelo.

Se trata, por tanto, de una norma que refunde la efímera Ley del Suelo del 2007 y los preceptos, aún vigentes, del Real Decreto Legislativo 1/92 sobre régimen de suelo, derogando ambas sin introducir novedades legislativas, a excepción hecha de algunos preceptos ,en donde el Ejecutivo ha efectuado pequeños cambios de redacción. A modo de ejemplo señalamos, el cambio de la expresión “Actuaciones urbanísticas” (DA4ª LS92) por “expropiaciones” (DA11ª TR LS08), en los derechos de realojo.

Sin embargo, esta Ley mantiene, en esencia, los criterios establecidos en la citada Ley del 2007, respecto a la valoración del suelo y las edificaciones a efectos reparcelatorios, expropiatorios y de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. De esta forma, la valoración del suelo se vincula, no a su clasificación urbanística, como venía siendo tradicional en nuestro acervo jurídico, sino a su situación básica real, como suelo rural o en situación de suelo urbanizado.

Estos criterios, ampliamente criticados por todos los operadores del sector inmobiliario suponen, básicamente, considerar a todo el suelo urbanizable como rural, a efectos de valoraciones administrativas, de suerte que, el cálculo de su valoración se realizará, no en función del aprovechamiento urbanístico que le reconozca el planeamiento, sino sobre la base de la capitalización de sus rentas agrarias, sin tener ni tan siquiera en cuenta sus posibles expectativas urbanísticas.

No obstante, esos criterios y métodos de calculo de valoración del suelo no podrán ser inmediatamente aplicados, en la medida en que su Disposición Transitoria Tercera, prevé que, hasta que la norma se desarrolle reglamentariamente, se aplicarán las normas de valoración de bienes inmuebles establecidas en la Orden ECO/805/2003, para operaciones financieras.

En otro orden de cosas, el Texto Refundido, confirma lo ya dispuesto en la Ley del 2007 en cuanto a aumentar las cesiones obligatorias de aprovechamiento de las actuaciones de transformación urbanística, pasando del 10% de la Ley del Suelo de 1998 a una cesión de hasta el 15% gravando, aún mas, una actividad, como es la de transformación del suelo, ya de por sí, sujeta a importantes cargas urbanísticas y tributarias. No obstante, las Comunidades Autónomas gozan de potestad para regular estos porcentajes de cesión con los citados límites máximos.

Asimismo, se prevé una reserva mínima del 30% de la edificabilidad residencial de cada sector destinada a vivienda sujeta a algún régimen de protección pública, si bien, la mayor parte de las Comunidades Autónomas ya lo regulan, superando en muchos casos este porcentaje mínimo.

Resaltar, por otra parte, que con la Ley del 2007 y ahora con el Texto Refundido del 2008, se pretende aumentar la transparencia en la gestión urbanística exigiendo mayores requisitos de publicidad en la tramitación de planes y convenios, a la vez que se endurece el régimen de responsabilidades e incompatibilidades de los representantes de la Administración Local.

En definitiva, esta norma confirma los nuevos criterios de valoración del suelo instaurados por la Ley del 2007, que suponen una significativa modificación respecto de los mantenidos en nuestra legislación durante un prolongado período de tiempo y aceptados, de forma reiterada, por la doctrina jurisprudencial. Habremos de esperar, en todo caso, al desarrollo reglamentario del Texto Refundido para conocer el alcance exacto de estos criterios y la forma de aplicar los métodos de cálculo de la valoración del suelo, en expedientes administrativos.

II. LOS SISTEMAS DE VALORACION EN LAS LEYES DE SUELO ESPAÑOLAS

Hasta la promulgación de nuestro vigente texto constitucional, el urbanismo español ha estado integrado por un conjunto de normas dispersas. Podemos recordar, a este respecto, las Leyes de Ensanche y Extensión de 28 de julio de 1892, la Ley de Saneamiento y Mejora Interior de 18 de marzo de 1895, la Ley de Solares de 15 de mayo de 1945, la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y las Leyes de Régimen de Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 y 9 de abril de 1976.

A partir de la ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, y la Ley de Régimen de Suelo y Ordenación urbana, de 12 de mayo de 1956, se establecieron de forma uniforme los criterios de valoración del suelo a efectos expropiatorios.

En la Ley de 1956, se distinguían diferentes criterios de valoración del suelo en función de la situación de este, así las cosas, se distinguían en este texto normativo las siguientes categorías:

- Valor inicial- que venía dado por el aprovechamiento agrícola del predio, utilizado habitualmente para suelos rústicos, no urbanizables.

- Valor expectante.- Era el valor potencial del suelo en razón a sus perspectivas de aprovechamiento urbanístico y, por tanto, utilizado para suelos urbanizables.
- Valor urbanístico.- Se establecía en razón a sus posibilidades de edificación y se utilizaba para la valoración administrativa de suelos urbanos.
- Valor comercial.- El mayor valor que sobre los anteriores valores se podría establecer, en base a la situación, concentración urbana y otros valores análogos del suelo.

La Ley de 1976 reduce las categorías a efectos de valoración administrativa y en ella se distingue únicamente entre valor inicial y valor urbanístico.

Tras la entrada en vigor de nuestra Constitución de 1978, se aprobó la Ley 8/90 de valoraciones de suelo en donde el valor inicial se aplica al suelo no urbanizable y al suelo urbanizable no programado.

El suelo urbanizable programado se valora, en la Ley de 1990, en base al valor inicial agregando un 25% del coste de urbanización. Respecto al suelo urbanizable programado, con Plan Parcial aprobado o en curso de urbanización, se valora en base al valor inicial, agregando un 50% del coste de urbanización. Respecto al suelo urbano se valora en base al 50% del aprovechamiento susceptible de apropiación.

La Ley 6/98, de 13 de Abril, de suelo y valoraciones, sin embargo optó, tal y como disponía su Exposición de Motivos, por establecer un sistema que tratara de reflejar con la mayor exactitud posible, el valor real que el mercado asignaba a cada tipo de suelo, renunciando a toda clase de fórmulas artificiosas que, con mayor o menor fundamento aparente, contradecían esa realidad y constituían una fuente interminable de conflictos.

Se eliminaba así, en esta Ley de 1998, el sistema de dualidad de valores, inicial y urbanístico, a la que habían quedado ya reducidos los cuatro valores diferentes que estableció en su día la Ley del Suelo de 1956, de forma que, a partir de esa Ley de 1998, se establece como criterio de valoración expropiatorio, el valor que el bien tuviera realmente en el mercado del suelo. A partir de este principio básico, la Ley de 1998 se limitaba a establecer el método aplicable para la determinación de ese valor, en función de la clasificación urbanística del suelo y, en consecuencia, del régimen jurídico aplicable al mismo y de sus características concretas.

Este método era, tanto en el suelo no urbanizable como en el urbanizable aún no incluido en un concreto ámbito para su desarrollo o para el que no se hubiesen establecido las condiciones de dicho desarrollo, el de comparación con los valores comprobados de otras fincas análogas, habida cuenta de su régimen urbanístico, situación, tamaño y naturaleza, así como de los usos y aprovechamientos permitidos por el planeamiento. Para los casos en que esa comparación no era posible, en los citados suelos -sin desarrollo previsible a corto plazo-, el método alternativo era el de capitalización de las rentas reales o potenciales del suelo de acuerdo con su estado y naturaleza.

En el suelo urbano y en el urbanizable incluido en ámbitos delimitados por el propio planeamiento general o con posterioridad al mismo, para los que se hayan establecido las condiciones de desarrollo, el método de cálculo de la Ley de 1998 consistía en la aplicación al aprovechamiento correspondiente del valor básico de repercusión recogido en las ponencias catastrales para el terreno de que se tratase, valor que, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/1988, reguladora de las Haciendas Locales, reflejaba los valores de mercado, puesto que las valoraciones catastrales se fijaban a partir de un estudio previo de dichos valores. Finalmente y para el caso de que no existieran o no fuesen aplicables los valores de las ponencias catastrales por haber perdido vigencia o haberse modificado el planeamiento, el valor básico de repercusión se calculaba por el método residual, comúnmente utilizado en el ámbito inmobiliario, en sus distintas modalidades, tanto por el sector público como por el privado.

V. LA LEY 8/2007 DE 28 DE MAYO DE SUELO.

El día 29 de Mayo de 2007 se publicó en el BOE la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo la cual entró en vigor el 1 de julio de 2007. La nueva norma derogó la Ley 6/98, de 13 de abril, de Suelo y Valoraciones y algunos e importantes preceptos de la Ley de Expropiación forzosa.

La finalidad de esta Ley, según manifiesta su propio artículo 1, era la regulación de las condiciones básicas que garantizaran la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con el suelo en todo el territorio estatal, fijando las bases económicas y medioambientales de su régimen jurídico, su valoración, y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en la materia. Para dar cumplimiento a esta finalidad se introducían, básicamente las siguientes novedades legales:

- Se clasifica el suelo en dos tipos, a efectos de valoraciones administrativas, según su situación física: el Suelo Rural, (que incluye tanto el Suelo urbanizable como el No urbanizable) y el Suelo Urbanizado.
- Se modifican los criterios de valoración de suelo respecto a la Ley 6/98: el Suelo Rural se valora en función del criterio de capitalización de rentas agrarias; y el Suelo Urbanizable o en curso de urbanización se valora como Suelo rural, sin aplicar expectativas urbanísticas.
- Se elimina la aplicación del valor real del suelo a efectos expropiatorios.
- La edificabilidad del suelo no se integra dentro del derecho de propiedad, sino que sólo se patrimonializa ese derecho con el cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas urbanísticas.
- Se aumentan las cargas de los titulares del suelo: elevación de la obligación de ceder gratuita y obligatoriamente al Ayuntamiento el 10% de la edificabilidad neta de cada Unidad de Actuación (LS98) a ceder el 15 % o, incluso en algunos casos, el 20%; y previsión de reservas mínimas de suelo para vivienda Protegida del 30% de la superficie de cada Unidad de Actuación de suelo residencial.
- Se generaliza la figura del Agente Urbanizador.

Al margen de la finalidad jurídica que se expone en el propio texto, en cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con el suelo, la realidad que subyace en la formalización de esta nueva Ley del Suelo de carácter estatal no es otra, en palabras del propio legislador, que acabar, o al menos reducir, la corrupción urbanística que en los últimos años se ha incrementado, aún más, en España. Cuestión distinta, como se ha podido observar, es la realidad de la eficacia que esta norma ha podido tener para la consecución de este objetivo.

La Exposición de Motivos, que nos comenta la evolución del derecho urbanístico español, manifiesta expresamente la necesidad de legislar esta materia de una forma concluyente a través de la necesaria renovación de las normas que actualmente la regulan, para que las Comunidades Autónomas encuentren, al fin, el marco idóneo para el ejercicio de sus competencias legislativas sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

Esta necesidad surge, según dicha Exposición de Motivos, de la accidentada legislación que en los últimos años ha generado el Estado en este ámbito, marcada por sucesivos fallos constitucionales (Sentencias Constitucionales números 61/1997 y 164/2001) desde que en el año 1992 se promulgara el último Texto Refundido Estatal de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, y que han dado lugar a numerosas reformas posteriores de diverso calado, como la ya mencionada Ley de 1998.

Dicho todo lo anterior, vamos a analizar a continuación las principales novedades que introdujo esta norma:

1. – Clasificación del Suelo: Rural y Urbanizado.

Entre las principales novedades que presenta la nueva Ley del 2007, se encuentra la introducción de una clasificación del suelo distinta a la tradicional, a efectos de su valoración administrativa, distinguiendo únicamente entre Suelo Rural y Suelo Urbanizado.

Dentro de las situaciones del Suelo Rural, el artículo 12 de la norma señala la inclusión de todo suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización (suelos protegidos por su valor medioambiental, cultural, ecológico, agrícola, etc...), así como la del suelo para el que los instrumentos de ordenación prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización (es decir, el, hasta ahora, suelo urbanizable común). El Suelo Urbanizado, por su parte, es aquel que se encuentre integrado de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población.

El legislador señala, en la Exposición de Motivos, que la finalidad de esta nueva clasificación del suelo es la de poder tasarlo en función de su realidad, evitando que las valoraciones o tasaciones se hagan, como hasta ahora, sobre la base de sus posibles expectativas urbanísticas. Así, tenemos como resultado una equiparación, a efectos de una valoración en un expediente expropiatorio o de una actuación a desarrollar mediante la figura del Agente Urbanizador, de un suelo rústico con un suelo urbanizable contenido o delimitado en un plan municipal.

2.- Modificación de los criterios de valoración del Suelo.

Al hilo de la anterior clasificación, y de la finalidad de ésta que se desprende de la Ley, se determina básicamente (artículo 22) que el Suelo Rural se valorará en función del criterio de capitalización de rentas agrarias; y el Suelo Urbanizable (o en curso de urbanización), a su vez, se valorará como Suelo Rural, sin aplicar expectativas urbanísticas derivadas de asignación de edificabilidad.

En concreto, el mencionado artículo 22 de este texto legal prevé, para el Suelo Rural, su tasación mediante la capitalización de la renta anual real o potencial de la explotación según su estado en el momento de la valoración, sin referirse al valor obtenido por comparación, como hacía el artículo 26 de la Ley del 98, y se reafirma el apartado 2º del mismo artículo al señalar que, “en ningún caso, podrán considerarse expectativas derivadas de la asignación de edificabilidades y usos por la ordenación territorial y urbanística que no hayan sido aún plenamente realizados”.

Así mismo, se rompe radicalmente con el modelo de la Ley del 98 que fijaba el carácter residual del suelo urbanizable y limitaba al planificador urbanístico su capacidad para excluir suelos del proceso urbanizador, al exigirle que justificara su valor natural. Ahora se facilita que la legislación urbanística autonómica pueda considerar suelo rural aquel que se considere que no debe ser transformado. También el legislador autonómico será quien establezca los servicios y dotaciones de que debe disponer un suelo para ser considerado urbanizado, rompiendo con los tradicionales de acceso rodado, abastecimiento y evacuación de aguas, electricidad y consolidación de la edificación.

Sin duda, esta modificación de los criterios de valoración del suelo, acompañada de la nueva distribución en Suelo Rural y Suelo Urbanizado, es uno de los aspectos más controvertidos de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, ya que, conforme a lo anterior, podría producirse que, pongamos por caso, un suelo de especial protección por sus valores paisajísticos, carente de aprovechamiento urbanístico, se valorara igual que un suelo en proceso de urbanización pero en el que, aún teniendo ya las infraestructuras necesarias y con dicho aprovechamiento prácticamente consolidado, no ha sido todavía concluida la obra de urbanización.

Esta equiparación no sólo podría vulnerar principios constitucionales como el del artículo 33 de la Constitución respecto al derecho a percibir una justa indemnización por los bienes y derechos expropiados, sino que también puede suponer una flagrante vulneración de nuestra unánime y consolidada doctrina jurisprudencial respecto al cálculo del justiprecio expropiatorio. A este respecto, el Tribunal Constitucional, en la importante Sentencia de 19 de Diciembre de 1986, expone que la garantía constitucional de la correspondiente indemnización concede el derecho a percibir la contraprestación económica que corresponda al valor real de los bienes y derechos expropiados, cualquiera que sea éste, pues lo que garantiza la Constitución es el razonable equilibrio entre el daño expropiatorio y su reparación.

Este valor real que señala el Alto Tribunal no es otro que el valor de mercado del bien, valor que se fija no sólo por las circunstancias presentes que posea el suelo (como erróneamente lo fija esta Ley) sino también, y este es el factor determinante en la valoración del suelo, en función de su capacidad para generar aprovechamiento urbanístico.

Por otra parte, en opinión de algún sector doctrinal, este nuevo criterio de valoración supone ignorar la realidad del mercado inmobiliario y lleva consigo una importante penalización a los titulares de suelo clasificado como urbanizable. Éstos verán mermados sus derechos económicos, no sólo en los casos de expropiación, sino también en actuaciones urbanísticas desarrolladas a través de la figura del Agente Urbanizador. Al mismo tiempo, las pequeñas y medianas empresas tendrán probablemente mayores dificultades para recibir financiación de suelos urbanizables, al ser valorados éstos por las entidades financieras según su valor agrícola e ignorando el valor en función de su edificabilidad, lo que podría desembocar en un oligopolio de promotores de suelo.

El Suelo Urbanizado, por su parte, se tendrá que valorar en función de la aplicación a la edificabilidad del valor de repercusión del suelo, determinado por el que se denomina “método residual”, descontando el valor de las cargas urbanísticas pendientes.

Estos criterios de valoración, como después veremos, se mantiene en el actual Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008.

3.- Aumento de las cargas de los titulares del suelo.

Otra de las principales novedades de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo y que ha recogido, lógicamente, el Texto Refundido del 2008, la constituye el aumento – muy importante – de las cargas urbanísticas que habrán de afrontar también los titulares de suelo urbanizable, ya de por sí gravosas, al obligar a ceder hasta un máximo del 20% de la edificabilidad media ponderada de la actuación, y a reservar, en el caso de uso residencial, como mínimo, el 30% de la edificabilidad para vivienda sujeta a algún régimen de protección oficial.

La transformación de Suelo Rural en Urbanizado a través de Actuaciones de Urbanización o de Dotación conlleva la obligación de ceder a la administración el suelo destinado a redes públicas, costear y ejecutar las obras de urbanización y las infraestructuras de conexión con las redes generales de servicios y ceder, asimismo, suelo libre de cargas de urbanización correspondiente a entre un 5 y 15% de aprovechamiento que, excepcionalmente, podrá reducirse o aumentarse hasta un 20% en la legislación autonómica. En cualquier caso, resulta destacable que la nueva legislación puede llegar a doblar el porcentaje del 10% de cesiones que, como máximo, preveía la Ley del Suelo del 98. Es indudable que esto supone abrir la posibilidad para las Entidades Locales de incrementar aún más las cargas por la urbanización que han de soportar los propietarios, afectando, con ello, el precio final de las viviendas.

En cuanto a la reserva para viviendas de protección oficial del 30% de la edificabilidad (artículo 10.b de la Ley), se trata de una medida que, evidentemente, restringe la oferta de vivienda libre, lo cual llevará, como es lógico, a un encarecimiento de la misma, justo lo contrario de lo que se pretende. La vivienda libre habrá de soportar los costes no repercutibles a las promociones de vivienda protegida, lo que provocará un considerable incremento del precio final de la vivienda libre.

Estas medidas, adoptadas en un contexto de fuerte estancamiento de la vivienda libre de nueva construcción, pueden afectar muy negativamente a la rentabilidad de las promociones de desarrollo de suelo.

4.- Adquisición gradual de las facultades urbanísticas.

En el artículo 7, relativo al régimen urbanístico del derecho de propiedad del suelo, se vuelve a la fórmula del Texto Refundido del 92 de la adquisición gradual de las facultades urbanísticas, que no se consideran inherentes al derecho de propiedad, sino condicionadas al cumplimiento sucesivo de los deberes que les correspondan.

En esa línea, la edificabilidad del suelo no queda incorporada al derecho de propiedad de forma automática, ya que sólo se patrimonializa tal derecho cuando se cumplen los deberes y se levantan las cargas urbanísticas que corresponden a los propietarios.

También cabe señalar que, entre los deberes que el artículo 9.1 impone a los propietarios del Suelo Urbanizado, destaca el de edificar en los plazos establecidos, conservar y rehabilitar lo edificado, habilitando, en caso contrario, para la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad, o a la aplicación de venta o sustitución forzosa (artículos 31 y 32).

5.- Generalización de la figura del Agente Urbanizador.

Por otro lado, se generaliza una figura que ya ha sido implantada hoy en día por algunos gobiernos regionales (especialmente en Valencia y Castilla La Mancha), y que es la del Agente Urbanizador. Estamos hablando de un instrumento jurídico por el que la Administración Pública Local selecciona a un particular, por medio de concurso público, encargado de gestionar el desarrollo urbanístico de un ámbito de actuación, sin que éste necesariamente tenga que ser el propietario de los terrenos del mismo. El empresario, en régimen de concesionario público, ejecuta así las obras de urbanización, a cambio de solares edificables o de una remuneración en metálico. Pero si los afectados están disconformes, se procede a la expropiación forzosa de sus inmuebles. Las Entidades Locales intervienen así, de una forma indirecta, en la gestión del suelo privado.

En este sentido, la Ley deja clara su orientación favorable a la acción directa de la administración sobre el proceso de urbanización, al caracterizar la ejecución de la misma como un servicio público, cuya gestión puede reservarse a la Administración Pública o, en palabras de la propia Ley, “cuando no debe o no vaya a realizarse por la propia administración” encomendarse a privados, previo procedimiento de publicidad y concurrencia y sometido a controles que garanticen la participación de la comunidad en las plusvalías generadas.

La Ley, en su art.6 fomenta esta opción de gestión pública indirecta del suelo, frente a otras más potenciadoras de la iniciativa privada (como son los sistemas de compensación y cooperación).

6.- Otras modificaciones.

Junto con las señaladas en los puntos anteriores, merece la pena comentar algunos aspectos más del contenido de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, que entró en vigor el 1 de julio del 2007 y que han sido recogidas por el vigente Texto Refundido de la Ley del 2008:

- Dentro de una serie de medidas que pretenden aumentar la transparencia ante los numerosos escándalos de corrupción que se han conocido en paralelo a la tramitación de la Ley, se incluye la obligación de someter al trámite de información pública todos los instrumentos de ordenación y gestión urbanística, los de distribución de beneficios y cargas y los convenios que, además, tendrán que ser publicados y que no surtirán efectos en tanto esto no se produzca, siendo nulos si en el procedimiento se incumpliera el trámite de información pública.
- El artículo 15 de la nueva Ley prevé la evolución y seguimiento de la sostenibilidad del desarrollo urbano, destacando la obligación de someter los planes urbanísticos a evaluación ambiental y a la elaboración de informes sobre la existencia de recursos hídricos para satisfacer las demandas de los nuevos desarrollos, el impacto de los mismos en las infraestructuras afectadas, la protección de la costa o el mapa de riegos naturales del ámbito objeto de ordenación.
- La regulación de los patrimonios públicos de suelo limita la finalidad de los mismos a la vivienda protegida casi exclusivamente, dejando a las Comunidades Autónomas la facultad de prever en su legislación urbanística la posibilidad de destinarlos a “otros usos de interés social”, que deberán especificar.
- Los suelos forestales incendiados se mantendrán como suelo rural por espacio de 30 años, circunstancia que deberá inscribirse en el Registro de Propiedad.

En definitiva, podemos concluir que la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo trae consigo una serie de cambios o modificaciones sustanciales con respecto a la Ley 6/1998, amparados en la idea de proporcionar un marco adecuado a las Comunidades Autónomas para el desarrollo legislativo en materia de suelo, y con el objetivo fundamental de acabar con la especulación y la corrupción urbanística.

Sin embargo, del análisis del articulado de esta Ley del Suelo, y a la vista de las numerosas críticas que recibió de todos los ámbitos del sector inmobiliario, no podemos más que dudar de la verdadera eficacia práctica de la norma y, especialmente, del cumplimiento de sus objetivos.

Esta Ley, ignorando los criterios legales y jurisprudenciales en materia de valoración de suelo a efectos expropiatorios, ampliamente consolidados en nuestro acervo jurídico, opta por exigir la aplicación de los métodos de valoración más perjudiciales para el propietario de suelo.

Sin perjuicio de las cuestiones de inconstitucionalidad derivadas de los aspectos comentados que esta Ley, a buen seguro, planteará (ASAJA y algunos partidos políticos, como el Partido Popular, tienen planteados sendos Recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional), y del escaso rigor jurídico de alguno de sus preceptos (la Ley presume de no ser una ley urbanística, lo cual no deja de ser una alarmante contradicción), resulta ser, a mi juicio, una norma en extremo intervencionista y penalizadora de la iniciativa privada en la acción urbanizadora.

VI. LOS CRITERIOS DE VALORACION ADMINISTRATIVA DEL TEXTO REFUNDIDO APROBADO POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2008.

La Disposición Final Segunda de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, que acabamos de comentar, establecía el plazo de un año para que el Gobierno, por delegación del Parlamento, dictase un Real Decreto legislativo que refundiera esta con los preceptos aún vigentes del Real Decreto legislativo 1/92, de 26 de Junio, debiendo aclararse, regularizarse y armonizarse la terminología y el contenido dispositivo de este a los de la referida Ley del 2007.

Finalmente, el 26 de Junio de 2008, se publicó el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de Junio, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley del Suelo.

VI.1.- El Ámbito del régimen de valoraciones.

Centrándonos ya en los aspectos relativos al nuevo régimen de valoraciones instaurado por la Ley del 2007 y recogidos por el Texto Refundido del 2008, debemos poner de relieve que el art.21 de este Texto Refundido establece el ámbito del régimen de valoraciones, de tal forma que, las valoraciones del suelo, las instalaciones, construcciones y edificaciones, y los derechos constituidos sobre o en relación con ellos, se rigen por lo dispuesto en esta Ley cuando tengan por objeto:

- a) La verificación de las operaciones de reparto de beneficios y cargas u otras precisas para la ejecución de la ordenación territorial y urbanística en las que la valoración determine el contenido patrimonial de facultades o deberes propios del derecho de propiedad, en defecto de acuerdo entre todos los sujetos afectados.
- b) La fijación del justiprecio en la expropiación, cualquiera que sea la finalidad de ésta y la legislación que la motive.
- c) La fijación del precio a pagar al propietario en la venta o sustitución forzosas.
- d) La determinación de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.
Este precepto señala que las valoraciones se entienden referidas:
 - a) Cuando se trate de las operaciones de reparto de beneficios y cargas, a la fecha de iniciación del procedimiento de aprobación del instrumento que las motive.
 - b) Cuando se aplique la expropiación forzosa, al momento de iniciación del expediente de justiprecio individualizado o de exposición al público del proyecto de expropiación, si se sigue el procedimiento de tasación conjunta.
 - c) Cuando se trate de la venta o sustitución forzosas, al momento de la iniciación del procedimiento de declaración del incumplimiento del deber que la motive.

- d) Cuando la valoración sea necesaria a los efectos de determinar la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, al momento de la entrada en vigor de la disposición o del comienzo de la eficacia del acto causante de la lesión.

VI.2.- Los criterios de valoración del suelo

La Ley del suelo del 2007 refundida ahora en el Real Decreto legislativo 2/2008, desvincula clasificación y valoración, tal y como hacía la Ley de 1998. En lo que se refiere al régimen urbanístico del suelo, la Ley del 2008 opta por diferenciar situación y actividad, estado y proceso. En cuanto a lo primero, esta Ley define los dos estados básicos en que puede encontrarse el suelo según sea su situación actual -rural o urbana-, estados que agotan, según su Exposición de Motivos, el objeto de la ordenación del uso actual del suelo y son por ello los determinantes para el contenido del derecho de propiedad, otorgando así carácter estatutario al régimen de éste.

La nueva Ley se basa, tal y como pone de relieve su Exposición de Motivos, en que debe valorarse lo que hay, no lo que el plan dice que puede llegar a haber en un futuro incierto. En consecuencia, y con independencia de las clases y categorías urbanísticas de suelo, se parte en la Ley del 2008 de las dos situaciones básicas ya mencionadas: hay un suelo rural, esto es, aquel que no está funcionalmente integrado en la trama urbana, y otro urbanizado, entendiéndose por tal el que ha sido efectiva y adecuadamente transformado por la urbanización. Ambos se valoran conforme a su naturaleza, siendo así que sólo en el segundo dicha naturaleza integra su destino urbanístico, porque dicho destino ya se ha hecho realidad. Desde esta perspectiva, los criterios de valoración establecidos persiguen, por parte del legislador, determinar, con la necesaria objetividad y seguridad jurídica, el valor de sustitución del inmueble en el mercado por otro similar en su misma situación.

En el suelo rural, se abandona el método de comparación porque, según la Exposición de Motivos, muy pocas veces concurren los requisitos necesarios para asegurar su objetividad y la eliminación de elementos especulativos, para lo que se adopta el método asimismo habitual de la capitalización de rentas pero sin olvidar que, sin considerar las expectativas urbanísticas, la localización influye en el valor de este suelo, siendo la renta de posición un factor relevante en la formación tradicional del precio de la tierra.

En el suelo urbanizado, los criterios de valoración que se establecen dan lugar a tasaciones siempre actualizadas de los inmuebles, lo que no aseguraba el régimen anterior. En todo caso y con independencia del valor del suelo, cuando éste está sometido a una transformación urbanizadora o edificatoria, se indemnizan los gastos e inversiones acometidos junto con una prima razonable que retribuya el riesgo asumido y se evitan saltos valorativos difícilmente entendibles en el curso del proceso de ordenación y ejecución urbanísticas.

En definitiva, la ley del 2008, a diferencia de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y la Ley del Suelo de 1998, establece un régimen que no valora expectativas generadas exclusivamente por la actividad administrativa de ordenación de los usos del suelo.

Así las cosas, el artículo 12 del Texto Refundido del 2008 dispone que todo el suelo se encuentra, en una de las situaciones básicas de suelo rural o de suelo urbanizado.

Está en la situación de suelo rural:

- a) En todo caso, el suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, que deberá incluir, como mínimo, los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural, los que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, así como aquéllos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, y cuantos otros prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística.
- b) El suelo para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización, y cualquier otro que no reúna los requisitos a que se refiere el apartado siguiente. Se encuentra en la situación de suelo urbanizado el integrado de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población. Se entenderá que así ocurre cuando las parcelas, estén o no edificadas, cuenten con las dotaciones y los servicios requeridos por la legislación urbanística o puedan llegar a contar con ellos sin otras obras que las de conexión de las parcelas a las instalaciones ya en funcionamiento.

Respecto a los criterios de valoración y los métodos de cálculo del valor del suelo, la Ley del 2008 adopta los siguientes criterios:

i.- Valoración en el suelo rural.

El art.23 dispone que cuando el suelo sea rural a los efectos de esta Ley:

- a) Los terrenos se tasarán mediante la capitalización de la renta anual real o potencial, la que sea superior, de la explotación según su estado en el momento al que deba entenderse referida la valoración.

La renta potencial se calculará atendiendo al rendimiento del uso, disfrute o explotación de que sean susceptibles los terrenos conforme a la legislación que les sea aplicable, utilizando los medios técnicos normales para su producción. Incluirá, en su caso, como ingresos las subvenciones que, con carácter estable, se otorguen a los cultivos y aprovechamientos considerados para su cálculo y se descontarán los costes necesarios para la explotación considerada.

El valor del suelo rural así obtenido podrá ser corregido al alza hasta un máximo del doble en función de factores objetivos de localización, como la accesibilidad a núcleos de población o a centros de actividad económica o la ubicación en entornos de singular valor ambiental o paisajístico, cuya aplicación y ponderación habrá de ser justificada en el correspondiente expediente de valoración, todo ello en los términos que reglamentariamente se establezcan.

- b) Las edificaciones, construcciones e instalaciones, cuando deban valorarse con independencia del suelo, se tasarán por el método de coste de reposición según su estado y antigüedad en el momento al que deba entenderse referida la valoración.
- c) Las plantaciones y los sembrados preexistentes, así como las indemnizaciones por razón de arrendamientos rústicos u otros derechos, se tasarán con arreglo a los criterios de las Leyes de Expropiación Forzosa y de Arrendamientos Rústicos.

En ninguno de los casos previstos en el apartado anterior podrán, según al Ley del 2008, considerarse expectativas derivadas de la asignación de edificabilidades y usos por la ordenación territorial o urbanística que no hayan sido aún plenamente realizados.

(ii).- Valoración en el suelo urbanizado.

El art.24 de la Ley del 2008 señala a este respecto lo siguiente:

1. Para la valoración del suelo urbanizado que no está edificado, o en que la edificación existente o en curso de ejecución es ilegal o se encuentra en situación de ruina física:

a) Se considerarán como uso y edificabilidad de referencia los atribuidos a la parcela por la ordenación urbanística, incluido en su caso el de vivienda sujeta a algún régimen de protección que permita tasar su precio máximo en venta o alquiler.

Si los terrenos no tienen asignada edificabilidad o uso privado por la ordenación urbanística, se les atribuirá la edificabilidad media y el uso mayoritario en el ámbito espacial homogéneo en que por usos y tipologías la ordenación urbanística los haya incluido.

b) Se aplicará a dicha edificabilidad el valor de repercusión del suelo según el uso correspondiente, determinado por el método residual estático.

c) De la cantidad resultante de la letra anterior se descontará, en su caso, el valor de los deberes y cargas pendientes para poder realizar la edificabilidad prevista.

Cuando se trate de suelo edificado o en curso de edificación, el valor de la tasación será el superior de los siguientes:

a) El determinado por la tasación conjunta del suelo y de la edificación existente que se ajuste a la legalidad, por el método de comparación, aplicado exclusivamente a los usos de la edificación existente o la construcción ya realizada.

b) El determinado por el método residual estático, aplicado exclusivamente al suelo, sin consideración de la edificación existente o la construcción ya realizada.

Cuando se trate de suelo urbanizado sometido a actuaciones de reforma o renovación de la urbanización, el método residual considerará los usos y edificabilidades atribuidos por la ordenación en su situación de origen.

(iii).- Valoración del suelo en régimen de equidistribución de beneficios y cargas.

El art 27 de la Ley dispone en estos supuestos lo siguiente:

Cuando, en defecto de acuerdo entre todos los sujetos afectados, deban valorarse las aportaciones de suelo de los propietarios partícipes en una actuación de urbanización, para ponderarlas entre sí o con las aportaciones del promotor o de la Administración, a los efectos del reparto de los beneficios y cargas y la adjudicación de parcelas resultantes, el suelo se tasará por el valor que le correspondería si estuviera terminada la actuación.

En el caso de propietarios que no puedan participar en la adjudicación de parcelas resultantes de una actuación de urbanización, por causa de la insuficiencia de su aportación, el suelo se tasará por el valor que le correspondería si estuviera terminada la actuación, descontados los gastos de urbanización correspondientes incrementados por la tasa libre de riesgo y la prima de riesgo.

(iv).- Criterios subsidiarios de Valoración del suelo

El art.28 de la Ley del 2008 señala, por último que, la valoración se realiza de forma subsidiaria, en todo lo no dispuesto en esta Ley:

- a) Conforme a los criterios que determinen las Leyes de la ordenación territorial y urbanística, cuando tenga por objeto la verificación de las operaciones precisas para la ejecución de la ordenación urbanística y, en especial, la distribución de los beneficios y las cargas de ella derivadas.
- b) Con arreglo a los criterios de la legislación general de expropiación forzosa y de responsabilidad de las Administraciones Públicas, según proceda, en los restantes casos.

VII. LA DISPOSICION TRANSITORIA 3ª DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL SUELO

La Disposición Transitoria Tercera del RD Legislativo 2/2008 dispone , en su apartado 1, que las reglas de valoración contenidas en esta Ley serán aplicables en todos los expedientes incluidos en su ámbito material de aplicación que se iniciaron a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2007 de 28 de mayo, de Suelo, esto es, expedientes iniciados a partir del 1 de Julio del 2007.

Esta Disposición Transitoria, en apartado Segundo, dispone también que los terrenos que, a la entrada en vigor de la citada Ley 8/2007, formaran parte del suelo urbanizable, incluido en ámbitos delimitados para los que el planeamiento haya establecido las condiciones para su desarrollo, se valorarán conforme a las reglas establecidas en la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen de Suelo y Valoraciones, tal y como quedaron redactadas por la Ley 10/2003, de 20 de mayo, siempre y cuando en el momento a que deba entenderse referida la valoración no hayan vencido los plazos para la ejecución del planeamiento o, si han vencido, sea por causa imputable a la Administración o a terceros.

De no existir previsión expresa sobre plazos de ejecución en el planeamiento ni en la legislación de ordenación territorial y urbanística, se aplicará el de tres años contados desde la entrada en vigor de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo.

También es importante reseñar que el apartado Tercero de esta Disposición Transitoria dispone que, mientras no se desarrolle reglamentariamente lo dispuesto en esta Ley sobre criterios y método de cálculo de la valoración y en lo que sea compatible con ella, se estará a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 137 del Reglamento de Gestión Urbanística aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, y a las normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos contenidas en la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, o disposición que la sustituya.

De este último apartado se infiere que, hasta tanto tenga lugar la aprobación del Reglamento que desarrolle la Ley del 2008, las valoraciones de los expedientes administrativos se realizarán de conformidad con las normas de valoración de bienes inmuebles contenidas en la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles para entidades financieras, modificada parcialmente por la Orden EHA/3011/2007, de 4 de octubre y por la Orden EHA/564/2008, de 28 de febrero.

A tenor de esta Orden Ministerial, el suelo se valora en función de su clasificación urbanística de la forma siguiente:

1.- Valoración de fincas rústicas

El valor de tasación de fincas rústicas será el menor entre el valor por comparación¹, en su caso ajustado, de las distintas clases de tierra, y el valor por actualización de la explotación².

1 - 2

1La Orden ECO/805/2003, regula la forma de calcular el suelo por el metodo de comparación de la forma siguiente:

“Artículo 21.Requisitos para la utilización del método de comparación.

1. Para la utilización del Método de comparación a efectos de esta Orden será necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) La existencia de un mercado representativo de los inmuebles comparables.
- b) Disponer de suficientes datos sobre transacciones u ofertas que permitan, en la zona de que se trate, identificar parámetros adecuados para realizar la homogeneización de comparables.
- c) Disponer de información suficiente sobre al menos seis transacciones u ofertas de comparables que reflejen adecuadamente la situación actual de dicho mercado.

2. Adicionalmente, para la utilización del método de comparación a efectos de lo previsto en el artículo 2.a) (Ámbito de aplicación) de la presente Orden serán necesarios, los siguientes requisitos:

- a) Disponer de datos adecuados (transacciones, ofertas, etc.) para estimar la evolución de los precios de compraventa en el mercado local de comparables durante al menos los 2 años anteriores a la fecha de la valoración.
- b) Disponer de información adecuada (datos propios, publicaciones oficiales o privadas, índices sobre evolución de precios, etc.) sobre el comportamiento histórico de las variables determinantes en la evolución de los precios del mercado inmobiliario de los inmuebles de usos análogos al que se valore y sobre el comportamiento de esos precios en el ciclo relevante al efecto y sobre el estado actual de la coyuntura inmobiliaria.
- c) Contar con procedimientos adecuados que, a través de la detección de las ofertas o transacciones con datos anormales en el mercado local, posibiliten la identificación y eliminación de elementos especulativos.

Artículo 22.Procedimiento de cálculo del valor por comparación.

1. Para calcular el valor por comparación se seguirán las siguientes reglas generales:

a) Se establecerán las cualidades y características del inmueble tasado que influyan en su valor.

En el caso de edificios de carácter histórico o artístico, para establecer dichas cualidades y características, se tendrá en cuenta, además, el valor particular de los elementos de la edificación que le confiere ese carácter.

b) Se analizará el segmento del mercado inmobiliario de comparables y, basándose en informaciones concretas sobre transacciones reales y ofertas firmes apropiadamente corregidas en su caso, se obtendrán precios actuales de compraventa al contado de dichos inmuebles.

c) Se seleccionará entre los precios obtenidos tras el análisis previsto en la letra anterior, una muestra representativa de los que correspondan a los comparables, a la que se aplicará el procedimiento de homogeneización necesario.

En la selección indicada se deberá, previamente, contrastar aquellos precios que resulten anormales a fin de identificar y eliminar tanto los procedentes de transacciones y ofertas que no cumplan las condiciones exigidas en la definición de valor de mercado de los bienes afectados como, cuando se trate de una valoración para la finalidad prevista en el artículo 2.a) de esta Orden, los que puedan incluir elementos especulativos.

d) Se realizará la homogeneización de comparables con los criterios, coeficientes y/o ponderaciones que resulten adecuados para el inmueble de que se trate.

e) Se asignará el valor del inmueble, neto de gastos de comercialización, en función de los precios homogeneizados, previa deducción de las servidumbres y limitaciones del dominio que recaigan sobre aquél y que no hayan sido tenidas en cuenta en la aplicación de las reglas precedentes.

2. Además de las reglas generales señaladas en el apartado anterior, para determinar el valor a que se refiere dicho número se tendrán en cuenta, cuando proceda, las siguientes reglas especiales:

a) En el caso de edificios en proyecto, construcción o rehabilitación, cuando se determine el valor por comparación para la hipótesis de edificio terminado, se utilizarán los precios existentes en el mercado en la fecha de la tasación para la venta de inmuebles terminados similares. Este valor se podrá corregir razonadamente de acuerdo con la tendencia del mercado para el plazo previsto de terminación de la obra.

b) En el caso de valoración de fincas rústicas, al utilizar el método de comparación, la homogeneización prevista en el mismo se basará en los valores unitarios por hectárea existentes en el mercado para las distintas clases de tierra, o tipos de cultivos y/o aprovechamiento.

Artículo 23. Ajuste del valor por comparación.

1. El valor por comparación obtenido de acuerdo con el artículo anterior será ajustado por la entidad tasadora para obtener un valor por comparación ajustado cuando concurran los requisitos para incluir la advertencia específica que se menciona en el apartado 3 del artículo 12.

2. Para corregir los efectos de la probabilidad a que se refiere dicho artículo 12.3, la entidad tasadora, en base a su capacidad técnica, aplicará al valor por comparación la reducción que considere necesaria.

Cuando los datos disponibles sobre el comportamiento del mercado no permitan, en opinión de la entidad tasadora, estimar la reducción indicada en el párrafo anterior, se aplicará un porcentaje de reducción del 10 por 100 en todo caso, y del 15 por 100 si aprecia una gran volatilidad en los precios considerados para determinar el valor por comparación.

3. Sin perjuicio de la información exigible en el cálculo del valor de tasación, la mención al ajuste realizado y su justificación se incluirán en la advertencia específica a que se refiere el artículo 12.3.

2 La Orden ECO/805/2003, regula la forma de calcular el suelo por el método del valor por actualización, en su art.33 según el siguiente tenor.
"1. El valor de actualización del inmueble objeto de valoración será el valor actual (VA) de los flujos de caja y del valor de reversión esperados para el tipo de actualización elegido.

2. El VA a que se refiere el apartado anterior se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula matemática:

$$VA = \sum E_j / (1 + i)^{t_j} - \sum S_k / (1 + i)^{t_k} + \text{Valor de reversión} / (1 + i)^n$$

En donde:

VA = Valor actual.

E_j = Importe de los cobros imputables al inmueble en el momento J.

S_k = Importe de los pagos previstos en el momento K.

t_j = Número de períodos de tiempo que debe transcurrir desde el momento de la valoración hasta que se produzca el correspondiente E_j.

t_k = Número de períodos de tiempo desde el momento de la valoración hasta que se produzca el correspondiente S_k.

i = Tipo de actualización elegido correspondiente a la duración de cada uno de los períodos de tiempo considerados.

n = Número de períodos de tiempo desde la tasación hasta el final del período de estimación de los ingresos esperados.

3. Los períodos transcurridos (tiempo), y el tipo de actualización a utilizar, se expresarán en las unidades correspondientes a la duración de cada uno de los períodos de tiempo considerados."

La Orden ECO/805/2003 distingue dos tipos de procedimientos para calcular el valor residual: Método dinámico y método estático:

Artículo 39. Fórmula de cálculo del valor residual por el procedimiento dinámico.

El valor residual del inmueble objeto de la valoración calculado por el procedimiento dinámico será la diferencia entre el valor actual de los cobros obtenidos por la venta del inmueble terminado y el valor actual de los pagos realizados por los diversos costes y gastos, para el tipo de actualización fijado, utilizando la siguiente fórmula:

$$F = \sum E_j / (1 + i)^{t_j} - \sum S_k / (1 + i)^{t_k}$$

En donde:

F = Valor del terreno o inmueble a rehabilitar.

E_j = Importe de los cobros previstos en el momento J.

S_k = Importe de los pagos previstos en el momento K.

t_j = Número de períodos de tiempo previsto desde el momento de la valoración hasta que se produce cada uno de los cobros.

t_k = Número de períodos de tiempo previsto desde el momento de la valoración hasta que se produce cada uno de los pagos.

2.- Valoración de solares y terrenos

El valor de tasación de los terrenos de nivel urbanístico I (terrenos clasificados como urbanizables o urbanos) será el valor por comparación, en su caso, ajustado. Cuando su cálculo no fuera posible, el valor de tasación será el valor residual. En ambos casos se descontarán, cuando proceda, los gastos de demolición.

La existencia de un proyecto de construcción sobre un determinado terreno no permite valorar éste de manera diferente a la prevista.

El valor de tasación de los terrenos sujetos a explotación económica distinta de la agropecuaria será, según esta Orden Ministerial, el valor por actualización.

El valor de tasación en los restantes casos de terrenos catalogados como nivel urbanístico II (terrenos clasificados como no urbanizables) será el valor por comparación sin consideración alguna a su posible utilización urbanística. Cuando el cálculo de dicho valor no fuera posible, el valor de tasación será como máximo, el valor catastral del terreno.

Los valores de los terrenos de nivel urbanístico I se calcularán teniendo en cuenta el aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación por su propietario, en la fecha de la tasación.

VIII.- CONCLUSIONES

El Real Decreto Legislativo 1/2008 supone, en definitiva, una modificación sustancial en cuanto a los criterios de valoración del suelo que tradicionalmente venían siendo utilizados en las valoraciones administrativas, abandonando el sistema de valoración asociada a la clasificación urbanística del suelo y adoptando el criterio de situación real del mismo, sin posibilidad de incluir posibles expectativas urbanísticas y, ni tan siquiera, criterios de valoración conforme al valor real o de mercado de aquel.

No obstante y, mientras se produzca el desarrollo reglamentario de esta norma, se aplicarán los criterios estimativos de la Orden ECO 805/2003 de valoración de inmuebles para entidades financieras.

Por tanto, habremos de esperar al desarrollo reglamentario de la Ley y a los pronunciamientos pendientes del Tribunal Constitucional sobre los recursos de inconstitucionalidad planteados contra la Ley del 2007, para conocer el alcance final del Texto Refundido del 2008.

i = Tipo de actualización elegido correspondiente a la duración de cada uno de los períodos de tiempo considerados.”

Artículo 42.Fórmula de cálculo del valor residual por el procedimiento estático.

El valor residual por el procedimiento estático del objeto de valoración se calculará aplicando la siguiente fórmula:

$$F = VM \times (1 - b)^{-i} - Ci$$

En donde:

F = Valor del terreno o inmueble a rehabilitar.

VM = Valor del inmueble en la hipótesis de edificio terminado.

b = Margen o beneficio neto del promotor en tanto por uno.

Ci = Cada uno de los pagos necesarios considerados.”

En cualquier caso, hemos de poner de relieve que, en un contexto de claro estancamiento del sector inmobiliario, puede que no sea esta la norma mas adecuada, a mi juicio, para aportar soluciones a los problemas que le acucian, dado que los criterios de valoración que plantea generarán, a buen seguro, desconfianza y puede que, incluso, inseguridad jurídica, para inversores y entidades financieras.

Contratación del sector público 3ª parte

Las fases de licitación, de adjudicación y formalización del contrato. Procedimientos de adjudicación¹

Julio César García Sánchez
Abogado

LAS FASES DE LICITACION, DE ADJUDICACION Y FORMALIZACION DEL CONTRATO. PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACION

TRAMITACION DE LA CONTRATACION. ADJUDICACION DE LOS CONTRATOS. PROCEDIMIENTOS DE SELECCION DE LOS CONTRATISTAS.

5. Tramitación de la contratación.

Una vez iniciado el expediente e incorporado los referidos documentos se procederá a tramitar el expediente remitiéndolo a la Intervención, e incorporando el correspondiente certificado de existencia de crédito, siempre que origine gastos para la administración, y los pliegos de prescripciones técnicas (Art. 93 LCSP).

Una vez completado el expediente por el órgano de contratación, se dictará resolución motivada aprobando el expediente de contratación (Art. 94.1 LCSP), que supone como afirmábamos la del Pliego del Cláusulas Administrativas Particulares que haya de regir el contrato (Art. 93 LCSP), y la del gasto en su caso.

En la misma resolución se acordará la apertura del procedimiento de adjudicación, que seguirá el procedimiento y forma regulada en los artículos 122 y siguientes de la LCSP y concordantes.

La tramitación de los expedientes de contratación podrá ser de dos clases: ordinarios y abreviada, que a su vez puede ser urgente o de emergencia (Art. 93 a 97 LCSP).

¹Este artículo da continuidad al publicado en Reflexiones nº 6 II/2008, conservando la numeración correlativa de aquel en sus subtítulos y apartados.

5.1 Tramitación ordinaria.

La tramitación ordinaria, es como su propio nombre indica el sistema de utilización con carácter general (Art. 93 LCSP).

5.2. Tramitación urgente.

La Tramitación urgente conforme al Art. 96 LCSP, que nos dice que “ Podrá ser objeto de tramitación urgente los expediente de contratos cuya necesidad sea inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público. A tales efectos el expediente deberá contener la declaración de urgencia hecha por el órgano de contratación y debidamente motivada”, siguiendo el mismo criterio que el anterior Art. 71 de la L.C.A.P.

La declaración de urgencia corresponde al órgano competente para la contratación, y los expedientes así calificados seguirán el trámite abreviado que entre otros da preferencia para su despacho por los distintos órganos administrativos, fiscalizadores y asesores que participen en la tramitación previa, que dispondrán de un plazo de 5 días para emitir sus respectivos informes, que podrá ser prorrogado hasta diez días.

Por otro lado se reducen a la mitad los plazos de publicación de los anuncios, a excepción de los supuestos de anuncio en el DOUE, que habrán de respetarse salvo en determinados supuestos, y el de la elevación de la adjudicación provisional a definitiva solo se reduce de 15 a 10 días.

La administración podrá acordar el comienzo de la ejecución del contrato aún cuando no hayan formalizado éste, pero con la condición de que se haya constituido la garantía definitiva correspondiente.

Se incluye una condición que obligará a la agilización del expediente, por cuanto desde la notificación de la adjudicación deberá iniciarse la ejecución del contrato en el plazo de 15 días (antes dos meses), pudiendo quedar resuelto el contrato en caso contrario, salvo que el retraso se deba a causas ajenas a la Administración y al contratista, debiéndose hacer constar en ese caso en la correspondiente resolución motivada.

5.3. Tramitación de emergencia.

La tramitación de emergencia con su carácter excepcional, que fundamentalmente lo que implica es la excepción de los requisitos formales de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas(Art. 97 LCSP) (el Art. 117 TRRL que a diferencia del anterior, fijaba la competencia no en el órgano de contratación, sino en el Pleno, que hay que entender derogado dado el carácter básico del precepto primero citado, que residencia la competencia en el órgano de contratación, y por tanto habrá que estar a la distribución de la competencia). En el Art. 97 de la LCSP nos dice que cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de

acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, se seguirá el sistema excepcional del mismo, por el que el órgano de contratación no está obligado a tramitar expediente administrativo, ordenando ejecutar lo necesario para remediar el evento producido, satisfacer la necesidad sobrevenida o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la ley, incluido el de la existencia de crédito (Art. 97.1.a) LCSP), que puede ser contratar verbalmente (Art. 28.1 LCSP).

Simultáneamente por el Ministerio de Hacienda en el Estado, o la Consejería equivalente en la Comunidad Autónoma, y la Tesorería en la Administración Local, se autorizará el libramiento de los fondos precisos para hacer frente a los gastos, con carácter a justificar (Art. 97.1.c) LCSP).

Se deberá dar cuanta al Consejo de Ministro, o de Gobierno en la Comunidad Autónoma de Andalucía o al Pleno en la Corporación Local en el plazo de 60 días, y de formalizar Retención de Crédito o iniciar expediente de modificación de crédito (Art. 97.1.a) y b) LCSP).

Ejecutadas las actuaciones objeto de éste régimen excepcional, se procederá a cumplimentar los trámites necesarios para su fiscalización y aprobación del gasto. (Art. 97.1.e) LCSP).

Es requisito necesario que las actuaciones se constriñan exclusivamente a las actuaciones necesarias para resolver el evento, por cuanto el resto de la actividad necesaria para complementar el objetivo propuesto por la Administración, que no tenga carácter de emergencia (que deberá decidir el mismo órgano de contratación, se contratará por los procedimientos establecidos en la Ley de Contratos).

En el supuesto de que los contratos de obras, se ejecuten en la modalidad de los de ejecución por Administración, apartado 1, párrafo d), del artículo 24 de la Ley deberá redactarse la documentación técnica descriptiva de las obras realizadas tan pronto como las circunstancias lo permitan y, en todo caso, con carácter previo al cumplimiento de los trámites necesarios para la fiscalización y aprobación del gasto.

5.4. Adjudicación de los Contratos. Procedimientos de selección de los contratistas.

5.4.1. Introducción.

La forma de selección de los contratistas, a partir de la reforma introducida por Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector público, ha supuesto un cambio importante en cuanto al diseño de procedimientos de selección de contratista, en algunos casos simplemente como denominación (subasta por un criterio, concurso por varios criterios) y en otros casos supone cambios más importantes, como la subasta electrónica, el diablo competitivo, etc..., pero mantiene un idea común.

5.4.2. Clases.

La nueva ley distingue en primer lugar entre adjudicaciones de las Administraciones Públicas (Art. 122 a 172 LCSP) y de otros que forman parte del sector público (Art. 173 a 177 LCSP).

En cuanto a los contratos de las Administraciones Públicas,, nos regula el Art. 122 de la ley, que la adjudicación se realizará ordinariamente utilizando el procedimiento abierto o el restringido, pero en determinados supuestos se podrá utilizar el procedimiento negociado y el alguno supuestos se podrá recurrir al dialogo competitivo.(Art. 122.2 LCSP).

Abierto, en el que todo empresario podrá presentar una proposición (que ya existía con la antigua norma).

Restringido, en el que sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios seleccionados expresamente por la Administración, previa solicitud de los mismos.

Negociado, que dejó de ser una forma de contrato, para convertirse en un procedimiento, y que será adjudicado al empresario justificadamente elegido por la Administración, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios.

Establece igualmente que los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación. Se consideran contratos menores los contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos.

Por otra parte se prevé la tramitación de un procedimiento especial en los denominados concursos de proyectos (Art. 122.4 LCSP).

2.4.3. Elementos comunes.

Con independencia de que la legislación regula cada procedimiento de adjudicación, sí es cierto que existe una preeminencia del abierto sobre el restringido, y del procedimiento abierto sobre el restringido (Art. 152 LCSP), con independencia de algunos que sí son en verdad comunes, tal como vamos a ver a continuación.

2.4.3.1. *Publicación.*

Desde la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas, se ha venido a dar una forma definitiva a las diferentes disposiciones que en materia de publicidad de las licitaciones se venían realizando. Por un lado teníamos la L.C.E., que fijaba la obligatoriedad de publicidad en el BOE, y en el DOCE a partir de determinadas cantidades y el TRRL obligada además a otros Boletines,

y por otro lado la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa obligaba a la publicidad en determinados plazos salvo la existencia de anuncios indicativos que permitían reducir los mismos, en el caso del anuncio en el boletín comunitario.

La Ley de Contrato, a pesar de la primera afirmación del artículo 126, referente a la publicación, con carácter general será el correspondiente boletín oficial (Art.126.1 in fine), al prescribir que “ Los procedimientos para la adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas, a excepción de los negociados que se sigan en casos distintos de los contemplados en los apartados 1 y 2 del artículo 161, deberán anunciarse en el «Boletín Oficial del Estado». No obstante, cuando se trate de contratos de las Comunidades Autónomas, entidades locales u organismos o entidades de derecho público dependientes de las mismas, se podrá sustituir la publicidad en el «Boletín Oficial del Estado» por la que se realice en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales.

Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada, la licitación deberá publicarse, además, en el «Diario Oficial de la Unión Europea», sin que en este caso la publicidad efectuada en los diarios oficiales autonómicos o provinciales pueda sustituir a la que debe hacerse en el «Boletín Oficial del Estado».”

Por otra parte es una novedad, lo preceptuado en el apartado 4 del Art. 126 de la ley, que nos obliga a que los anuncios de licitación se publicarán, asimismo, en el perfil de contratante del órgano de contratación.

Anuncio que en los procedimientos negociados podrá sustituir a la que debe efectuarse en el «Boletín Oficial del Estado» o en los diarios oficiales autonómicos o provinciales.

En consecuencia, la obligatoriedad es el Boletín Oficial correspondiente, y cuando supere las cuantías necesarias o en los supuestos especiales para publicar en el DOUE, será obligatorio la publicación en el BOE.

Será obligatorio la publicación en el DOCE y por tanto el BOE, en los siguientes supuestos y cuantía IVA excluido, en el que se reflejan las cuantías actualizadas conforme a la Orden del Ministerio de Hacienda ORDEN EHA/3875/2007, de 27 de diciembre, por la que se hacen públicos los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación administrativa a partir del 1 de enero de 2008.

En los Contratos de obras, cuando la cuantía será igual o superior a la cantidad de 5.150.000(Art. 14 LCSP). En el supuesto de división por lotes, se tendrá en cuenta la cantidad total, excepto cuando sean por importe de 1.000.000 euros de forma individualizada, siempre que el importe acumulado de los lotes exceptuados no sobrepase el 20 por 100 del valor acumulado de la totalidad de los mismos. (Art. 14 LCSP).

En los contratos de Gestión de Servicios no es obligatoria la publicación en el DOCE.

En los contratos de suministros se publicará un anuncio indicativo, sobre los contratos en los casos de procedimiento abierto, restringido o negociado cuya cuantía será igual o superior

a 206.00 euros, cantidad que queda reducida a 133.000 euros cuando sean adjudicados por la Administración General del Estado, y otras entidades públicas estatales (Art. 15 LCSP). Cuando el valor acumulado de los lotes en que se divida el suministro iguale o supere las cantidades indicadas anteriormente, se aplicarán las normas de la regulación armonizada a la adjudicación de cada lote. No obstante, los órganos de contratación podrán exceptuar de estas normas a los lotes cuyo valor estimado sea inferior a 80.000 euros, siempre que el importe acumulado de los lotes exceptuados no sobrepase el 20 por 100 del valor acumulado de la totalidad de los mismos.

En los contratos de Servicios, al igual en los contratos de suministros cuando supere la cantidad de 206.000 euros cantidad que queda reducida a 133.000 euros cuando sean adjudicado por la Administración General del Estado, y otras entidades públicas estatales (Art. 16 LCSP), cuando el valor acumulado de los lotes en que se divida el suministro iguale o supere las cantidades indicadas en el apartado anterior, se aplicarán las normas de la regulación armonizada a la adjudicación de cada lote. No obstante, los órganos de contratación podrán exceptuar de estas normas a los lotes cuyo valor estimado sea inferior a 80.000 euros, siempre que el importe acumulado de los lotes exceptuados no sobrepase el 20 por 100 del valor acumulado de la totalidad de los mismos.

Los contratos de concesión de obras públicas siguen los mismos criterios que los contratos de obras (Art.14 LCSP).

La Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 21 de octubre de 1994, Publicada el B.O.E. de 28 de octubre de 1994, en virtud de Resolución de la Dirección General de Patrimonio de 25 del mismo mes y año, ha recordado que es de obligado cumplimiento, en los contratos de obras, suministros y de servicios, la publicación en el DOCE.

Conforme a la Recomendación de 23 de marzo de 1988 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el anuncio en el Boletín Oficial se deberá especificar la fecha de envío al Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOUE), lo que obliga a fijar una fecha concreta.

El nuevo Reglamento introduce a través de los anexos, los requisitos de los anuncios, pero hay que hacer la salvedad de que el día 29 de octubre de 2001, se publicó la Directiva 2001/78/CE de la Comisión de 13 de septiembre de 2001, que entró en vigor el día 1/5/2002, que establece nuevos modelos de anuncios para el DOUE.

5.4.3.2. Exposición Pública.

La publicación en el Diario oficial, y en su caso en el BOE, necesita estar expuesto durante un plazo determinado que resulta variable dependiendo del procedimiento y tipo de contrato. Cuestión distinta e importante es que el Envío, que no la publicación, al DOUE, deberá preceder a cualquier otra publicidad, para lo cual se incluye una reserva en el propio texto legislativo, al prescribir, que en la última publicidad deberá indicar la fecha del envío al DOUE, y no contener indicaciones distintas a las incluidas en dicho anuncio. (Art. 126.3 LCSP).

En los procedimientos abiertos con carácter general deberán estar publicados los anuncios con una antelación de 15 días, salvo en el contrato de obras que será de 26 días, que se reducen a la mitad en caso de urgencia. (Art. 143 LCSP) El plazo para la remisión al DOUE será de 52 días, que será reducido, reduciendo cinco días cuando se ofrezcan cuando se ofrezca acceso por medios electrónicos a los pliegos y a la documentación complementaria, a 36 días, en el supuesto de que se haya publicado el anuncio previo (antes indicativo), y excepcionalmente a 22 días.

Los plazos señalados en los dos párrafos anteriores podrán reducirse en siete días cuando los anuncios se preparen y envíen por medios electrónicos, informáticos o telemáticos. Esta reducción podrá adicionarse, en su caso, a la de cinco días prevista en el inciso final del primer párrafo.

En estos procedimientos, la publicación de la licitación en el «Boletín Oficial del Estado» debe hacerse, en todo caso, con una antelación mínima equivalente al plazo fijado para la presentación de las proposiciones en el apartado siguiente.

En los contratos de las Administraciones Públicas que no estén sujetos a regulación armonizada, el plazo de presentación de proposiciones no será inferior a 15 días, contados desde la publicación del anuncio del contrato. En los contratos de obras y de concesión de obras públicas, el plazo será, como mínimo, de 26 días.

En los procedimientos restringidos, de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, el plazo de recepción de las solicitudes de participación no podrá ser inferior a 36 días, a partir de la fecha del envío del anuncio al «Diario Oficial de la Unión Europea». Si se trata de contratos de concesión de obra pública, este plazo no podrá ser inferior a cincuenta y dos días. Este plazo podrá reducirse en 7 días cuando los anuncios se envíen por medios electrónicos, informáticos y telemáticos.

En estos casos, la publicación de la licitación en el «Boletín Oficial del Estado» debe hacerse con una antelación mínima equivalente al plazo fijado para la presentación de las solicitudes de participación en el apartado siguiente.

Si se trata de contratos no sujetos a regulación armonizada, el plazo para la presentación de solicitudes de participación será, como mínimo, de 10 días, contados desde la publicación del anuncio.

En caso de ser declarado urgente podrá reducirse hasta 15 días contados desde el envío del anuncio de licitación, o hasta 10, si este envío se efectúa por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, y el plazo para facilitar la información suplementaria se reducirá a 4 días. En el procedimiento restringido, el plazo para la presentación de proposiciones podrá reducirse hasta diez días a partir de la fecha del envío de la invitación para presentar ofertas.

Hay que tener en cuenta que los anuncios previos pueden publicarse o en el Diario Oficial o en el perfil del contratante (Art. 125.2 LCSP). En el caso de que la publicación vaya a efectuarse en el

perfil de contratante del órgano de contratación, éste deberá comunicarlo previamente a la Comisión Europea y al «Boletín Oficial del Estado» por medios electrónicos, con arreglo al formato y a las modalidades de transmisión que se establezcan. En el anuncio previo se indicará la fecha en que se haya enviado esta comunicación.

2.4.3.3. Información Complementaria.

Cuando un empresario haya solicitado información complementaria (Art. 142.2 LCSP y 78.1 RGCAP), deberá comunicársele en el plazo de 6 días de anticipación de la fecha de presentación de proposiciones.

Dicho plazo queda reducido a 4 en caso de urgencia para los procedimientos restringidos y negociados, tal como hemos señalado anteriormente.

2.4.3.4. Plazos.

Todos los plazos anteriormente señalados se refieren a días naturales, salvo que en la propia Ley se indique que son días hábiles. (Disposición adicional 15 LCSP).

2.4.3.5. Documentación Licitadores.

Documentación y proposiciones económicas: las proposiciones se sujetarán al modelo que se establezca en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación presume la aceptación incondicional por el empresario de las cláusulas del pliego y la declaración responsable de que reúne todas y cada una de las condiciones exigidas para contratar (Art. 129 LCSP). Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública. (Art. 129.2 LCSP y Art. 80.2 RGCAP).

Obligatoriamente deberá acompañar los siguientes documentos (Art. 130 LCSP):

- a) Los que acrediten la personalidad jurídica del empresario y, en su caso, su representación.
- b) Los que acrediten la clasificación de la empresa, en su caso, o justifiquen los requisitos de su solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

Una novedad es que si la empresa se encontrase pendiente de clasificación, deberá aportarse el documento acreditativo de haber presentado la correspondiente solicitud para ello, debiendo justificar el estar en posesión de la clasificación exigida en el plazo previsto en las normas de desarrollo de esta Ley para la subsanación de defectos u omisiones en la documentación.

La clasificación de la unión temporal será la resultante de la acumulación de las clasificaciones de las empresas agrupadas, de conformidad con las normas reguladoras de la clasificación de contratistas.

- c) Una declaración responsable de no estar incurso en prohibición de contratar. Esta declaración incluirá la manifestación de hallarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, sin perjuicio de que la justificación acreditativa de tal requisito deba presentarse, antes de la adjudicación definitiva, por el empresario a cuyo favor se vaya a efectuar ésta.
- d) Para las empresas extranjeras, en los casos en que el contrato vaya a ejecutarse en España, la declaración de someterse a la jurisdicción de los juzgados y tribunales españoles de cualquier orden, para todas las incidencias que de modo directo o indirecto pudieran surgir del contrato, con renuncia, en su caso, al fuero jurisdiccional extranjero que pudiera corresponder al licitante.
- e) Resguardo de la garantía provisional, cuando sea exigible, conforme al pliego.

Las empresas extranjeras deberán acreditar su personalidad de acuerdo con lo establecido en la legislación de Contratos y sus disposiciones complementarias.

Para las empresas extranjeras, declaración de someterse a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles de cualquier orden, para todas las incidencias que de modo directo o indirecto pudieran surgir del contrato, con renuncia, en su caso, al fuero jurisdiccional extranjero que pudiera corresponder al licitante.

Cualesquiera otra es posible su presentación posteriormente, salvo que se exija, en cuyo caso, se indicará esta circunstancia en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo y en el correspondiente anuncio de licitación. (Art. 130.2 LCSP)

Se podrá acudir por sí o presentado por persona autorizada con poder bastante. El Bastanteo deberá realizarlo la Asesoría Jurídica, y en las Entidades Locales el Secretario de la Corporación, si es licenciado en Derecho, o en su defecto un Letrado de la Corporación, o por Letrado ejerciente. Con carácter general, se prevé en el Art. 130.3 de la ley, podrá ser sustituido por el certificado del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificada, dando la posibilidad de expedirlo electrónicamente, salvo que los pliegos determinen otra cosa. Manteniendo transitoriamente los existentes hasta tanto se constituyan definitivamente.

La Comunidad Autónoma Andaluza ha aprobado el Decreto 189/97, de 27 de julio (BOJA del 14 8), por el que crea el Registro de Licitadores de la Comunidad, de carácter voluntario, adscrito a la Dirección General de Patrimonio y que permite obviar la presentación de los documentos del Art. 6 (Art. 4).

5.4.3.6. Recepción de Documentación.

Para la recepción de proposiciones (Art.80 RGCAP) se deberá presentar en sobres cerrado y firmado por el licitador o persona que lo represente, uno de ellos con la proposición económica exclusivamente, y en otro el resto de la documentación, con independencia de la posibilidad de mas

sobres dependiendo del procedimiento si es abierto o restringido, debiendo ser secreta, y arbitrar los medios para que se mantengan así hasta el momento de la licitación (Art. 129.2 LCSP).

La proposición será única por cada licitador, sin perjuicio de que se pueda admitir variantes o alternativas, de acuerdo con lo previsto en el propio Pliego de Cláusulas Administrativas (Art. 131 LCSP), debiéndose indicar en el anuncio la no posibilidad de su presentación.

Por otro lado cada licitador no podrá suscribir más que una sola propuesta ni en unión con otro si lo hubiera hecho de forma individual, debiendo en caso de así hacerlos rechazarlas todas (Art. 129.3 LCSP).

Se le dará recibo de las proposiciones presentadas, con el nombre, la denominación de la obra, el día y hora de la licitación. Una vez entregada la proposición no podrá ser retirada bajo ningún concepto (Art. 80.3 RGCAP).

Cuando se envíen proposiciones por correo, deberá ser comunicado mediante télex, fax o telegrama, la remisión de la oferta, acreditando la fecha de envío, y ser recibida en el plazo de 10 días naturales a la fecha del envío (Art. 80.4 RGCAP). El pliego de cláusulas administrativas particulares, puede permitir el correo electrónico, siempre que quede constancia de la recepción.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Recomendación de 23 de Marzo de 1988 considera como “requisitos formales y temporales para que resulten admisibles las proposiciones”, a diferencia con el sistema anterior que “disponía que las proposiciones u ofertas contractuales habrían de ser entregadas en mano en las dependencias u oficinas expresadas en el anuncio”.

5.4.3.7. Acto de licitación.

5.4.3.7.1. Recepción y Examen de Documentación.

Finalizado el plazo de presentación el encargado del registro lo remitirá al Secretario de la Mesa de Contratación, o al órgano de contratación en su caso, que recibe las proposiciones presentados (5º párrafo Art. 80 RGCAP), precediéndose por orden del Presidente de la Mesa de Contratación, que en las Entidades Locales es el que lo sea de la Corporación, o miembro de la Mesa en quién delegue, con exclusión de las proposiciones económicas, a calificarlos (Art. 82.1 y 88 L.C.A.P.) certificándose por el Secretario la relación de documentos existentes.(ART. 81.1 RGCAP).

Si la Mesa observare defectos, si lo estima conveniente, podrá dar un plazo no superior a 3 días, para que el licitador subsane el error (Art. 81,2 RGCAP), que incluye como novedad la comunicación verbal.

5.4.3.7.2. Mesa de Contratación: Composición.

La Mesa de contratación se ha vuelto a modificar con respecto a la anterior ley al ser requisito necesario para la adjudicación por el órgano de contratación de los contratos en los procedimientos

abierto, restringido y negociado con publicidad y potestativo en el negociado sin publicidad (Art. 295 LCSP).

La Mesa de Contratación, estará compuesta por el Presidente, designado por el Órgano de Contratación, un mínimo de 4 vocales y un Secretario, designado entre los funcionarios del mismo, debiendo figurar necesariamente un asesor jurídico y un interventor. Conforme a la Disposición Adicional 2º de la Ley, formará parte en la Administración local el Secretario y el Interventor como miembros de la mesa de contratación.

La designación podrá hacerse con carácter permanente o de manera específica para la adjudicación de uno o más contratos. Si es permanente o para una pluralidad de funciones deberá publicarse en el Boletín Oficial correspondiente. (Art. 77 RGCAP).

La Mesa de Contratación, podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos y se relacionen con el objeto del contrato (Art. 81.2 L.C.A.P. y 81 RGCAP), así como cuantas aclaraciones considere (Art. 22 RGCAP).

Se deberá tener en cuenta que cuando hay multitud de criterios de adjudicación de carácter subjetivos mayoritariamente se deberá incluir un comité de experto (Art. 134.2 LCSP).

Se mantiene no obstante el carácter de órgano asesor, tal como se manifiesta en el apartado 1 del Art. 295 de la ley al afirmar que el órgano de contratación estará asistido por la Mesa de contratación, salvo que se constituya la Junta de Contratación como órgano de contratación.

Por otro lado es de significar que las denominadas Juntas de Compras se regulan en el Art. 5 y 7 del Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas, y que tienen una composición similar al de las Mesa de Contratación, aún cuando con asignaciones distintas.

Por otro lado hay que tener en cuenta que conforme a la Disposición Final sexta, las referencias que se contienen en las normas vigentes a la Junta de Compras Interministerial y al Servicio Central de Suministros se entenderán realizadas, respectivamente, a la Mesa del sistema estatal de contratación centralizada regulada en el artículo 297 de la Ley y a la Dirección General del Patrimonio del Estado.

5.4.3.7.3. Apertura Proposición económica.

En el día y hora fijada comenzará el acto de apertura de proposiciones económicas dándose lectura al anuncio y precediéndose seguidamente al recuento de las proposiciones presentadas, y darle al conocimiento público el número de proposiciones presentadas, permitiéndose a los presentes el examen de los sobres (Art. 83 RGCAP).

Posteriormente se notifica por el Presidente la calificación de los documentos presentados y de las proposiciones admitidas.

En caso de discrepancias en cuanto a las proposiciones que obren en la Mesa y las que como presentadas se deduzcan de las certificaciones se suspenderá el acto para resolución, volviéndose a anunciar nuevamente la apertura (párrafo 3º Art. 83 RGCAP).

No es posible hacerse cargo de documento alguno que no hubiera sido entregado o bien en el sobre de proposiciones, o bien en el plazo que se le dé para subsanación de defectos (Art. 83.6 RGCAP).

Posteriormente se procederá a la apertura de las proposiciones, admitiéndose las que a pesar del cambio u omisión de alguna palabra se deduce el sentido de la misma (Art. 84 RGCAP).

2.4.3.8. La subasta electrónica.

Una de las novedades más importantes de la nueva ley es la que regula el artículo 132 , que es un trámite que se incorpora al procedimiento de adjudicación de los contratos, mediante una subasta electrónica, que se considera articulada como un proceso iterativo, que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas, para la presentación de mejoras en los precios o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que las mejoren en su conjunto, basado en un dispositivo electrónico que permita su clasificación a través de métodos de evaluación automáticos.

La subasta electrónica podrá emplearse en los procedimientos abiertos, en los restringidos, y en los negociados que se sigan en el caso previsto en el artículo 154 a), de la ley (Cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos, restringidos o de diálogo competitivo seguidos previamente sean irregulares o inaceptables por haberse presentado por empresarios carentes de aptitud, por incumplimiento en las ofertas de las obligaciones legales relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente y condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 103, por infringir las condiciones para la presentación de variantes o mejoras, o por incluir valores anormales o desproporcionados, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato), siempre que las especificaciones del contrato que deba adjudicarse puedan establecerse de manera precisa y que las prestaciones que constituyen su objeto no tengan carácter intelectual. No podrá recurrirse a las subastas electrónicas de forma abusiva o de modo que se obstaculice, restrinja o falsee la competencia o que se vea modificado el objeto del contrato.

La subasta electrónica sólo se basará en variaciones referidas al precio o a valores de los elementos de la oferta que sean cuantificables y susceptibles de ser expresados en cifras o porcentajes.

Los órganos de contratación que decidan recurrir a una subasta electrónica deberán indicarlo en el anuncio de licitación e incluir en el pliego de condiciones la siguiente información:

- a) Los elementos a cuyos valores se refiera la subasta electrónica.
- b) en su caso, los límites de los valores que podrán presentarse, tal como resulten de las especificaciones del objeto del contrato.

- c) la información que se pondrá a disposición de los licitadores durante la subasta electrónica y el momento en que se facilitará.
- d) la forma en que se desarrollará la subasta.
- e) las condiciones en que los licitadores podrán pujar, y en particular las mejoras mínimas que se exigirán, en su caso, para cada puja.
- f) el dispositivo electrónico utilizado y las modalidades y especificaciones técnicas de conexión.

Antes de proceder a la subasta electrónica, el órgano de contratación efectuará una primera evaluación completa de las ofertas de conformidad con los criterios de adjudicación y a continuación invitará simultáneamente, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, a todos los licitadores que hayan presentado ofertas admisibles a que presenten nuevos precios revisados a la baja o nuevos valores que mejoren la oferta.

La invitación incluirá toda la información pertinente para la conexión individual al dispositivo electrónico utilizado y precisará la fecha y la hora de comienzo de la subasta electrónica.

Igualmente se indicará en ella la fórmula matemática que se utilizará para la reclasificación automática de las ofertas en función de los nuevos precios o de los nuevos valores que se presenten.

La subasta electrónica podrá desarrollarse en varias fases sucesivas.

Cuando para la adjudicación del contrato deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios, se acompañará a la invitación el resultado de la evaluación de la oferta presentada por el licitador.

Entre la fecha de envío de las invitaciones y el comienzo de la subasta electrónica habrán de transcurrir, al menos, dos días hábiles.

La subasta electrónica podrá desarrollarse en varias fases sucesivas.

A lo largo de cada fase de la subasta, y de forma continua e instantánea, se comunicará a los licitadores, como mínimo, la información que les permita conocer su respectiva clasificación en cada momento. Adicionalmente, se podrán facilitar otros datos relativos a los precios o valores presentados por los restantes licitadores, siempre que ello esté contemplado en el pliego, y anunciarse el número de los que están participando en la correspondiente fase de la subasta, sin que en ningún caso pueda divulgarse su identidad.

El cierre de la subasta se fijará por referencia a uno o varios de los siguientes criterios:

- a) Mediante el señalamiento de una fecha y hora concretas, que deberán ser indicadas en la invitación a participar en la subasta.

b) Atendiendo a la falta de presentación de nuevos precios o de nuevos valores que cumplan los requisitos establecidos en relación con la formulación de mejoras mínimas.

De utilizarse esta referencia, en la invitación a participar en la subasta se especificará el plazo que deberá transcurrir a partir de la recepción de la última puja antes de declarar su cierre.

c) Por finalización del número de fases establecido en la invitación a participar en la subasta. Cuando el cierre de la subasta deba producirse aplicando este criterio, la invitación a participar en la misma indicará el calendario a observar en cada una de sus fases.

Una vez concluida la subasta electrónica, el contrato se adjudicará de conformidad con las fórmulas generales, en función de sus resultados.

5.4.3.9. Criterios de adjudicación.

En relación con los criterios de adjudicación, creo que hay que distinguir dos cuestiones, por un lado, que la nueva ley, en su artículo 134, nos regula con carácter general, los criterios de valoración de las ofertas, que viene a coincidir al antiguo concurso, y por otro lado determina que en el caso de que se utilice un solo criterio, necesariamente ha de ser el del precio más bajo, que viene a introducir de otra forma la antigua subasta.

Nos dice el Art. 134 nos determina que “Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.

Cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo.”

Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquéllos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la corres-

pendiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.

La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.

Este sistema está previsto por fases de forma reglamentaria, siendo necesario que para pasar de una fase a la siguiente haya umbrales mínimo.

La valoración de más de un criterio procederá, en particular, en la adjudicación de los siguientes contratos:

- a) Aquéllos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente y deban ser presentados por los licitadores.
- b) Cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas, a proponer por los licitadores mediante la presentación de variantes, o por reducciones en su plazo de ejecución.
- c) Aquéllos para cuya ejecución facilite el órgano, organismo o entidad contratante materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas.
- d) Aquéllos que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja.
- e) Contratos de gestión de servicios públicos.
- f) Contratos de suministros, salvo que los productos a adquirir estén perfectamente definidos por estar normalizados y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.
- g) Contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.
- h) Contratos cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente, en cuya adjudicación se valorarán condiciones ambientales mensurables, tales como el menor impacto

ambiental, el ahorro y el uso eficiente del agua y la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos.

Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.

Cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia.

Los criterios elegidos y su ponderación se indicarán en el anuncio de licitación, en caso de que deba publicarse.

5.4.3.10. Ofertas anormales o desproporcionadas.

La ley en su artículo 136, ha regulado con carácter general lo relativo a las ofertas con valores anormales o desproporcionados, que hasta ahora se denominaban bajas temerarias.

En éste sentido, distingue cuando el único criterio sea el del precio, nos dice que podrá apreciarse en la forma que se desarrolle reglamentariamente, por lo que de momento podemos utilizar el criterio recogido en el actual reglamento, como criterio.

Las directivas Comunitarias no admiten que se produzcan un automatismo de exclusión de la oferta, sino que si la administración considera que la oferta es anormalmente baja(terminología comunitaria), antes de rechazar la oferta se solicitará por escrito las precisiones que se consideren oportunas sobre la oferta, pudiendo tomar en consideración las justificaciones presentadas o las soluciones técnicas que se hayan adoptados o las condiciones excepcionales que tenga el licitador y que le permitan ejecutar el contrato.

Ello implica la necesidad de que previamente se solicite información a los licitadores presuntamente incluidos en baja temeraria.

El órgano de contratación a la vista de las justificaciones de las ofertas requeridos y previo informe de la Mesa de Contratación (Art. 85.6 RGCAP), acordará la adjudicación a favor de la proposición con precio más bajo que pueda ser cumplida a satisfacción de la Administración, y en su defecto al mejor postor no incurso en temeridad., debiéndose justificar su decisión ante el Comité Consultivo para los Contratos Públicos de la Comisión de la Comunidad Europea, si el anuncio de licitación se hubiere publicado en ella. (Art.136.3 LCSP).

Desaparece definitivamente la diferencia en la constitución de la garantía en caso de que se adjudique al que inicialmente esté incurrido en temeridad.

CRITERIOS EN CUANTO A LAS OFERTAS EN EL R.G.C.A.P.

En nuevo reglamento en un precepto que tiene carácter básico, ha considerado las bajas de otra manera diferente, y así el Art. 85 del R.G.C.A.P. nos dice que para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas se considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:

1. Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales. Es decir que en un presupuesto de 100, si sólo concurre un licitador que oferte 84 incurriría en temeridad, por cuanto su baja es de 26%, o 26 unidades sobre 100.
2. Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.
3. Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.
4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.
5. Excepcionalmente, y atendiendo al objeto del contrato y circunstancias del mercado, el órgano de contratación podrá motivadamente reducir en un tercio en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares los porcentajes establecidos en los apartados anteriores.
6. Para la valoración de las ofertas como desproporcionadas, la mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada. Es claro que este precepto se ha hecho pensando en aquellas empresas, que a pesar de que en principio estén en temeridad, por sus características, cuenta de resultado, capacidad financiera, capacidad técnica, que con independencia de la obra, pueda ejecutarla, incluso teniendo pérdidas.

Del contenido del anterior precepto, podemos entresacar algunas novedades:

En primer lugar dado su carácter básico, se antepone a la delimitación que de la baja temeraria hagan las diferentes leyes, sin perjuicio de que el nuevo reglamento de adaptación tenga que desarrollarse. En segundo lugar, hay una composición de dos conceptos diferentes, y que en función del mismo varía en aquellas empresas que su oferta puede ser desproporcionadas o temerarias: el número de licitadores por un lado, dado que si es sólo uno, no es lo mismo de si hay varios; y por otro lado, que es el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares donde se tendrá que tener en cuenta la posibilidad de reducir los porcentajes.

Además ya no es sólo automático el concepto de la baja, sino que se tendrá que tener en cuenta a los efectos de las ofertas desproporcionadas el concepto de solvencia de la empresa en relación con la oferta presentada.

GRUPO DE EMPRESAS

Por otra parte una importante novedad en relación con el cálculo de la baja, y que se venía detectando en muchas licitaciones, es el supuesto de empresas del mismo grupo, incluso más de cinco empresas, e incluso con el mismo representante, que presenta la oferta, y que difícilmente era entendible que ello no pudiera distorsionar el mercado. La ley dejaba a reglamento los criterios a efectos del cómputo del mismo. Pues bien el RGCAP, en su Art. 86, ha fijado criterios y así nos dice que:

“Artículo 86. Valoración de las proposiciones formuladas por distintas empresas pertenecientes a un mismo grupo.

1. A los efectos de lo dispuesto en el Art. 83.3 de la Ley, cuando empresas pertenecientes a un mismo grupo, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos del Art.

42.1 del Código de Comercio, presenten distintas proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación de un contrato, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la oferta mas baja, produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo.

2. Cuando se presenten distintas proposiciones por sociedades en las que concurren alguno de los supuestos alternativos establecidos en el Art. 42.1 del Código de Comercio, respecto de los socios que las integran, se aplicarán respecto de la valoración de la oferta económica las mismas reglas establecidas en el apartado anterior.

3. A los efectos de lo dispuesto en los dos apartados anteriores, las empresas del mismo grupo que concurren a una misma licitación deberán presentar declaración sobre los extremos en los mismos reseñados.

4. A los efectos de lo dispuesto en el Art. 86.4 de la Ley, los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán establecer el criterio o criterios para la valoración de las proposiciones formuladas por empresas pertenecientes a un mismo grupo.”

Sin embargo, cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales.

Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, acordará la adjudicación provisional a favor de la siguiente proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas, que se estime puede ser cumplida a satisfacción de la Administración y que no sea considerada anormal o desproporcionada.

5.4.3.11. Adjudicación Provisional.

La ley, ha vuelto a recoger la figura de la adjudicación provisional (que anteriormente existía como selección provisional), y nos dice que una vez que se clasifiquen las ofertas, atendiendo a los criterios de adjudicación, y solicitados cuantos informes considere pertinentes, procederá a adjudicar provisionalmente el contrato al licitador que presente la oferta económicamente más ventajosa, que en el caso de que sea el precio el único criterio, habrá de ser el precio más bajo (Art. 135.1 LCSP).

Una novedad es que el órgano de contratación no podrá declarar desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego.

Por tanto no se tendrá en cuenta para lo anterior las ofertas que se entiendan que no pueden ser cumplidas conforme a los criterios anteriormente expuestos de valores anormales o desproporcionados.

Dicha adjudicación provisional se acordará por el órgano de contratación en resolución motivada que deberá notificarse a los candidatos o licitadores y publicarse en un diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 137 (referente a la adjudicación definitiva) en cuanto a la información que debe facilitarse a aquéllos aunque el plazo para su remisión será de cinco días hábiles. En los procedimientos negociados y de diálogo competitivo, la adjudicación provisional concretará y fijará los términos definitivos del contrato.

La elevación a definitiva de la adjudicación provisional no podrá producirse antes de que transcurran quince días hábiles contados desde el siguiente a aquél en que se publique aquélla en un diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación. Las normas autonómicas de desarrollo de esta Ley podrán fijar un plazo mayor, sin exceder el de un mes.

Durante este plazo, el adjudicatario deberá presentar la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social y cualesquiera otros documentos acreditativos de su aptitud para contratar o de la efectiva disposición de los medios que se hubiesen comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato, así como constituir la garantía que, en su caso, sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos.

5.4.3.12. Adjudicación Definitiva.

La adjudicación provisional deberá elevarse a definitiva dentro de los diez días hábiles siguientes a aquél en que expire el plazo de la publicación en un diario oficial o en el perfil del contratante., siempre que el adjudicatario haya presentado la documentación señalada y constituido la garantía definitiva, en caso de ser exigible, y sin perjuicio de la eventual revisión de aquélla en vía de recurso especia en materia de contratación. Las normas autonómicas de desarrollo de esta Ley podrán fijar un plazo mayor al previsto en este párrafo, sin que se exceda el de un mes.

Cuando no proceda la adjudicación definitiva del contrato al licitador que hubiese resultado adjudicatario provisional por no cumplir éste las condiciones necesarias para ello, antes de proceder a una nueva convocatoria la Administración podrá efectuar una nueva adjudicación provisional al licitador o licitadores siguientes a aquél, por el orden en que hayan quedado clasificadas sus ofertas, siempre que ello fuese posible y que el nuevo adjudicatario haya prestado su conformidad, en cuyo caso se concederá a éste un plazo de diez días hábiles para cumplimentar lo señalado en el segundo párrafo del apartado anterior.

Este mismo procedimiento podrá seguirse en el caso de contratos no sujetos a regulación armonizada, cuando se trate de continuar la ejecución de un contrato ya iniciado y que haya sido declarado resuelto.

5.4.3.13. Publicidad adjudicación.

La adjudicación definitiva de los contratos cuya cuantía sea superior a las cantidades indicadas en el artículo 122.3 (es decir los contratos menores) se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación. (Art. 138.1 LCSP)

Además de lo anterior, cuando la cuantía del contrato sea igual o superior a 100.000 euros o, en el caso de contratos de gestión de servicios públicos, cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea igual o superior a dicho importe o su plazo de duración exceda de cinco años,

la adjudicación definitiva deberá publicarse, además, en el «Boletín Oficial del Estado» o en los respectivos Diarios o Boletines Oficiales de las Comunidades Autónomas o de las Provincias, un anuncio en el que se dé cuenta de dicha adjudicación, en un plazo no superior a cuarenta y ocho días a contar desde la fecha de adjudicación del contrato.

Cuando se trate de contratos sujetos a regulación armonizada el anuncio deberá enviarse, en el plazo señalado en el párrafo anterior, al «Diario Oficial de la Unión Europea» y publicarse en el «Boletín Oficial del Estado».

En el caso de contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II y de cuantía igual o superior a 206.000 euros, el órgano de contratación comunicará la adjudicación definitiva a la Comisión Europea, indicando si estima procedente su publicación. (Art. 138.3 LCSP).

5.4.3.14. Formalización del contrato.

Los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán formalizarse en documento administrativo dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente al de la notificación de la adjudicación definitiva, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público. No obstante, el contratista podrá solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo de su cargo los correspondientes gastos.

En el caso de los contratos menores, será suficiente la factura que hará de documento contractual.

Cuando por causas imputables al contratista no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la resolución del mismo, así como la incautación de la garantía provisional que, en su caso se hubiese constituido.

Si las causas de la no formalización fueren imputables a la Administración, se indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pudiera ocasionar, con independencia de que pueda solicitar la resolución del contrato.

No podrá iniciarse la ejecución del contrato sin su previa formalización, excepto en los supuestos de urgencia o de emergencia.

5.5. Procedimiento abierto.

5.5.1. Ámbito.

En el procedimiento abierto todo empresario interesado podrá presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores.

5.5.2. Tramitación.

Hay que distinguir entre que estén sujetos a regulación armonizada o no.

En cuanto a los plazos de presentación ya hemos hecho mención a la parte general.

El órgano competente para la valoración de las proposiciones calificará previamente la documentación a, que deberá presentarse por los licitadores en sobre distinto al que contenga la proposición, y procederá posteriormente a la apertura y examen de las proposiciones, formulando la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación, una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario, y sin perjuicio de la intervención del comité de expertos o del organismo técnico especializado, cuya evaluación de los criterios que exijan un juicio de valor vinculará a aquél a efectos de formular la propuesta.

La apertura de las proposiciones deberá efectuarse en el plazo máximo de un mes contado desde la fecha de finalización del plazo para presentar las ofertas. En todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos.

Cuando para la valoración de las proposiciones hayan de tenerse en cuenta criterios distintos al del precio, el órgano competente para ello podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos. Igualmente, podrán solicitarse estos informes cuando sea necesario verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego.

La propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración. No obstante, cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada deberá motivar su decisión.

Cuando el único criterio a considerar para seleccionar al adjudicatario del contrato sea el del precio, la adjudicación provisional deberá recaer en el plazo máximo de quince días a contar desde el siguiente al de apertura de las proposiciones.

Cuando para la adjudicación del contrato deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios el plazo máximo para efectuar la adjudicación provisional será de dos meses a contar desde la apertura de las proposiciones, salvo que se hubiese establecido otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Los plazos indicados en los apartados anteriores se ampliarán en quince días hábiles cuando sea necesario seguir los trámites a determinación de ofertas anormales o desproporcionadas. De no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición.

5.6. Procedimiento Restringido.

5.6.1 Concepto.

En el procedimiento restringido sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación. En este procedimiento estará prohibida toda negociación de los términos del contrato con los solicitantes o candidatos. (Art. 146 LCSP).

5.6.2 Tramitación.

En el procedimiento se aplicarán las normas generales de la Ley, es decir, el procedimiento restringido, no es más que una especialidad en cuanto a la selección que se divide en dos fases distintas: Selección e Invitación.

Con carácter previo al anuncio, la Administración deberá haber establecido los criterios objetivos de selección, con arreglo a los cuales va a cursar las invitaciones a los licitadores. (Art. 147.1 LCSP).

Dichos criterios se indicarán en el propio anuncio (Art. 147.3 LCSP).

Hasta ahora, no era necesario fijar un límite de empresas a invitar, pero en el texto actual sí, y no deberá ser inferior a 5, pudiendo fijarse si se estima oportuno el máximo (antes 20), que se indicará en el anuncio (Art. 147.2 LCSP)

Las empresas presentarán los documentos exigidos al igual que en el procedimiento abierto (Art.148.3 LCSP).

Analizada la documentación de las empresas, por el Órgano de contratación resolverá sobre la selección de las empresas, ateniéndose a los criterios objetivos previamente fijado.

Inmediatamente se procederá a invitar por escrito y simultáneamente a las empresas, en el plazo que se le señale que no podrá ser inferior al previsto para cada tipo de contrato, indicándose el lugar, día y hora de apertura de proposiciones.

Los empresarios seleccionados presentarán sus proposiciones.

A continuación se sigue el procedimiento al igual que el abierto.

5.7. Procedimiento Negociado.

5.7.1 Concepto.

El procedimiento negociado, que viene a sustituir a la denominada contratación directa, cuyas normas le son de aplicación, sigue siendo un procedimiento excepcional como así lo viene afirmando la Junta consultiva desde su informe 5/66, de 3 de febrero hasta el dictamen sobre la modificación sobre la adaptación a las directivas comunitarias al “sustraer el contrato a las reglas de publicidad y concurrencia características de las licitaciones públicas”.

En el procedimiento negociado la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos. (Art. 153 LCSP).

Con respecto a la regulación anterior, hay que tener en cuenta de que dependiendo de la cuantía, el procedimiento negociado será objeto de publicidad previa, cuando su valor estimado sea superior a 200.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 60.000 euros, cuando se trate de otros contratos, en los que será posible la presentación de ofertas en concurrencia por cualquier empresario interesado. En los restantes supuestos, no será necesario dar publicidad al procedimiento, asegurándose la concurrencia mediante el cumplimiento de lo previsto en el artículo 162.1.

5.7.2 Supuestos.

El Procedimiento Negociado sólo podrá acordarse por el órgano de contratación en los casos y respecto de los contratos que expresamente recoge en los artículos 154 y siguientes, sin perjuicio de los supuestos concretos para los diferentes tipos de contratos.

Los contratos que celebren las Administraciones Públicas podrán adjudicarse mediante procedimiento negociado en los siguientes casos:

- a) Cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos, restringidos o de diálogo competitivo seguidos previamente sean irregulares o inaceptables por haberse presentado por empresarios carentes de aptitud, por incumplimiento en las ofertas de las obligaciones legales relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente y condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 103, por infringir las condiciones para la presentación de variantes o mejoras, o por incluir valores anormales o desproporcionados, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato.
- b) En casos excepcionales, cuando se trate de contratos en los que, por razón de sus características o de los riesgos que entrañen, no pueda determinarse previamente el precio global.
- c) Cuando, tras haberse seguido un procedimiento abierto o restringido, no se haya presentado ninguna oferta o candidatura, o las ofertas no sean adecuadas, siempre que las condiciones iniciales del con-

trato no se modifiquen sustancialmente. Tratándose de contratos sujetos a regulación armonizada, se remitirá un informe a la Comisión de las Comunidades Europeas, si ésta así lo solicita.

- d) Cuando, por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado.
- e) Cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 96.
- f) Cuando el contrato haya sido declarado secreto o reservado, o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado.
- g) Cuando se trate de contratos incluidos en el ámbito del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea(materia de defensa).

En los términos que se establecen para cada tipo de contrato en los artículos siguientes, los contratos que celebren las Administraciones Públicas podrán adjudicarse mediante procedimiento negociado en los siguientes casos:

- a) Cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos, restringidos o de diálogo competitivo seguidos previamente sean irregulares o inaceptables por haberse presentado por empresarios carentes de aptitud, por incumplimiento en las ofertas de las obligaciones legales relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente y condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 103, por infringir las condiciones para la presentación de variantes o mejoras, o por incluir valores anormales o desproporcionados, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato.
- b) En casos excepcionales, cuando se trate de contratos en los que, por razón de sus características o de los riesgos que entrañen, no pueda determinarse previamente el precio global.
- c) Cuando, tras haberse seguido un procedimiento abierto o restringido, no se haya presentado ninguna oferta o candidatura, o las ofertas no sean adecuadas, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente. Tratándose de contratos sujetos a regulación armonizada, se remitirá un informe a la Comisión de las Comunidades Europeas, si ésta así lo solicita.
- d) Cuando, por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado.
- e) Cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 96.

- f) Cuando el contrato haya sido declarado secreto o reservado, o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d).
- g) Cuando se trate de contratos incluidos en el ámbito del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

Además en los contratos de obras podrán adjudicarse por procedimiento negociado en los siguientes supuestos:

- a) Cuando las obras se realicen únicamente con fines de investigación, experimentación o perfeccionamiento y no con objeto de obtener una rentabilidad o de cubrir los costes de investigación o de desarrollo.
- b) Cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto ni en el contrato, o en el proyecto de concesión y su contrato inicial, pero que debido a una circunstancia imprevista pasen a ser necesarias para ejecutar la obra tal y como estaba descrita en el proyecto o en el contrato sin modificarla, y cuya ejecución se confie al contratista de la obra principal o al concesionario de la obra pública de acuerdo con los precios que rijan para el contrato primitivo o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, siempre que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes a la Administración o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento, y que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 50 por 100 del precio primitivo del contrato. Las demás obras complementarias que no reúnan los requisitos señalados habrán de ser objeto de contratación independiente.
- c) Cuando las obras consistan en la repetición de otras similares adjudicadas por procedimiento abierto o restringido al mismo contratista por el órgano de contratación, siempre que se ajusten a un proyecto base que haya sido objeto del contrato inicial adjudicado por dichos procedimientos, que la posibilidad de hacer uso de este procedimiento esté indicada en el anuncio de licitación del contrato inicial y que el importe de las nuevas obras se haya computado al fijar la cuantía total del contrato.

Únicamente se podrá recurrir a este procedimiento durante un período de tres años, a partir de la formalización del contrato inicial.

- d) En todo caso, cuando su valor estimado sea inferior a un millón de euros.

En los contratos de gestión de servicios públicos en los siguientes casos:

- a) Cuando se trate de servicios públicos respecto de los cuales no sea posible promover concurrencia en la oferta.

- b) Los de gestión de servicios cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento se prevea inferior a 500.000 euros y su plazo de duración sea inferior a cinco años.
- c) Los relativos a la prestación de asistencia sanitaria concertados con medios ajenos, derivados de un Convenio de colaboración entre las Administraciones Públicas o de un contrato marco, siempre que éste haya sido adjudicado con sujeción a las normas de esta Ley.

En los contratos de suministro podrán adjudicarse mediante el procedimiento negociado en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se trate de la adquisición de bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español, previa su valoración por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español u organismo reconocido al efecto de las Comunidades Autónomas, que se destinen a museos, archivos o bibliotecas.
- b) Cuando los productos se fabriquen exclusivamente para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo; esta condición no se aplica a la producción en serie destinada a establecer la viabilidad comercial del producto o a recuperar los costes de investigación y desarrollo.
- c) Cuando se trate de entregas complementarias efectuadas por el proveedor inicial que constituyan bien una reposición parcial de suministros o instalaciones de uso corriente, o bien una ampliación de los suministros o instalaciones existentes, si el cambio de proveedor obligase al órgano de contratación a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas. La duración de tales contratos, así como la de los contratos renovables, no podrá, por regla general, ser superior a tres años.
- d) Cuando se trate de la adquisición en mercados organizados o bolsas de materias primas de suministros que coticen en los mismos.
- e) Cuando se trate de un suministro concertado en condiciones especialmente ventajosas con un proveedor que cese definitivamente en sus actividades comerciales, o con los administradores de un concurso, o a través de un acuerdo judicial o un procedimiento de la misma naturaleza.
- f) En todo caso, cuando su valor estimado sea inferior a 100.000 euros.

En los contratos de servicios podrán adjudicarse por procedimiento negociado en los siguientes supuestos:

- a) Cuando debido a las características de la prestación, especialmente en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual y en los comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, no sea posible establecer sus condiciones con la precisión necesaria para adjudicarlo por procedimiento abierto o restringido.

- b) Cuando se trate de servicios complementarios que no figuren en el proyecto ni en el contrato pero que debido a una circunstancia imprevista pasen a ser necesarios para ejecutar el servicio tal y como estaba descrito en el proyecto o en el contrato sin modificarlo, y cuya ejecución se confíe al empresario al que se adjudicó el contrato principal de acuerdo con los precios que rijan para éste o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, siempre que los servicios no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes a la Administración o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento y que el importe acumulado de los servicios complementarios no supere el 50 por 100 del precio primitivo del contrato. Los demás servicios complementarios que no reúnan los requisitos señalados habrán de ser objeto de contratación independiente.
- c) Cuando los servicios consistan en la repetición de otros similares adjudicados por procedimiento abierto o restringido al mismo contratista por el órgano de contratación, siempre que se ajusten a un proyecto base que haya sido objeto del contrato inicial adjudicado por dichos procedimientos, que la posibilidad de hacer uso de este procedimiento esté indicada en el anuncio de licitación del contrato inicial y que el importe de los nuevos servicios se haya computado al fijar la cuantía total del contrato.

Únicamente se podrá recurrir a este procedimiento durante un período de tres años, a partir de la formalización del contrato inicial.

- d) cuando el contrato en cuestión sea la consecuencia de un concurso y, con arreglo a las normas aplicables, deba adjudicarse al ganador. En caso de que existan varios ganadores se deberá invitar a todos ellos a participar en las negociaciones.
- e) En todo caso, cuando su valor estimado sea inferior a 100.000 euros.

Salvo que se disponga otra cosa en las normas especiales por las que se regulen, los restantes contratos de las Administraciones Públicas podrán ser adjudicados por procedimiento negociado además, cuando su valor estimado sea inferior a 100.000 euros.

5.7.3. Tramitación.

Hay que tener en cuenta de que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se determinarán los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas.

Cuando se acuda al procedimiento negociado por concurrir las circunstancias previstas en las letras a) y b) del artículo 154 (ofertas irregulares o inaceptables, y excepcionales), en la letra a) del artículo 155 (fines de investigación, experimentación o perfeccionamiento), o en la letra a) del artículo 158 (de carácter intelectual), el órgano de contratación deberá publicar un anuncio de licitación.

Podrá prescindirse de la publicación del anuncio cuando se acuda al procedimiento negociado por haberse presentado ofertas irregulares o inaceptables en los procedimientos antecedentes, siempre

que en la negociación se incluya a todos los licitadores que en el procedimiento abierto o restringido, o en el procedimiento de diálogo competitivo seguido con anterioridad hubiesen presentado ofertas conformes con los requisitos formales exigidos, y solo a ellos.

Igualmente, en los contratos no sujetos a regulación armonizada que puedan cuando su valor estimado sea superior a 200.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 60.000 euros, cuando se trate de otros contratos.

En el procedimiento negociado será necesario solicitar ofertas, al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que ello sea posible.

Los órganos de contratación podrán articular el procedimiento negociado en fases sucesivas, a fin de reducir progresivamente el número de ofertas a negociar mediante la aplicación de los criterios de adjudicación señalados en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, indicándose en éstos si se va a hacer uso de esta facultad. El número de soluciones que lleguen hasta la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados.

Durante la negociación, los órganos de contratación velarán por que todos los licitadores reciban igual trato. En particular no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto.

Los órganos de contratación negociarán con los licitadores las ofertas que éstos hayan presentado para adaptarlas a los requisitos indicados en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de licitación, en su caso, y en los posibles documentos complementarios, con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa.

En el expediente deberá dejarse constancia de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas y de las razones para su aceptación o rechazo.

5.8. Diálogo competitivo.

5.8.1. Concepto.

En el diálogo competitivo, el órgano de contratación dirige un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta.

Los órganos de contratación podrán establecer primas o compensaciones para los participantes en el diálogo. (Art. 163 LCSP)

5.8.2. Supuestos

El diálogo competitivo podrá utilizarse en el caso de contratos particularmente complejos, cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o el del restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato.

Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado se adjudicarán por este procedimiento, sin perjuicio de que pueda seguirse el procedimiento negociado con publicidad.

5.8.3. Tramitación.

Los órganos de contratación publicarán un anuncio de licitación en el que darán a conocer sus necesidades y requisitos, que definirán en dicho anuncio o en un documento descriptivo.

Serán de aplicación en este procedimiento las normas contenidas en el procedimiento restringido previsto en los artículos 147 a 149, ambos inclusive. No obstante, en caso de que se decida limitar el número de empresas a las que se invitará a tomar parte en el diálogo, éste no podrá ser inferior a tres.

El órgano de contratación desarrollará, con los candidatos seleccionados, un diálogo cuyo fin será determinar y definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades. En el transcurso de este diálogo, podrán debatirse todos los aspectos del contrato con los candidatos seleccionados.

Durante el diálogo, el órgano de contratación dará un trato igual a todos los licitadores y, en particular, no facilitará, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto.

El órgano de contratación no podrá revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que éste les comunique sin previo acuerdo de éste.

El procedimiento podrá articularse en fases sucesivas, a fin de reducir progresivamente el número de soluciones a examinar durante la fase de diálogo mediante la aplicación de los criterios indicados en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, indicándose en éstos si se va a hacer uso de esta posibilidad. El número de soluciones que se examinen en la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva entre ellas, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados.

El órgano de contratación proseguirá el diálogo hasta que se encuentre en condiciones de determinar, después de compararlas, si es preciso, las soluciones que puedan responder a sus necesidades.

Tras declarar cerrado el diálogo e informar de ello a todos los participantes, el órgano de contratación les invitará a que presenten su oferta final, basada en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante la fase de diálogo, indicando la fecha límite, la dirección a

la que deba enviarse y la lengua o lenguas en que puedan estar redactadas, si se admite alguna otra además del castellano.

Las ofertas deben incluir todos los elementos requeridos y necesarios para la realización del proyecto.

El órgano de contratación, podrá solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas, ajustes en las mismas o información complementaria relativa a ellas, siempre que ello no suponga una modificación de sus elementos fundamentales que implique una variación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio.

El órgano de contratación evaluará las ofertas presentadas por los licitadores en función de los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo y seleccionará la oferta económicamente más ventajosa. Para esta valoración habrán de tomarse en consideración, necesariamente, varios criterios, sin que sea posible adjudicar el contrato únicamente basándose en el precio ofertado.

El órgano de contratación podrá requerir al licitador cuya oferta se considere más ventajosa económicamente para que aclare determinados aspectos de la misma o ratifique los compromisos que en ella figuran, siempre que con ello no se modifiquen elementos sustanciales de la oferta o de la licitación, se falsee la competencia, o se produzca un efecto discriminatorio.

5.9. Concurso de proyectos.

5.9.1. Ámbito de aplicación.

Esta figura no es nueva, pero sí se le cambia algunos aspectos en la regulación.

Son concursos de proyectos los procedimientos encaminados a la obtención de planos o proyectos, principalmente en los campos de la arquitectura, el urbanismo, la ingeniería y el procesamiento de datos, a través de una selección que, tras la correspondiente licitación, se encomienda a un jurado y que respondan a uno de los tipos siguientes:

- a) Concursos de proyectos organizados en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios.
- b) Concursos de proyectos con primas de participación o pagos a los participantes.

Se consideran sujetos a regulación armonizada los concursos de proyectos cuya cuantía sea igual o superior a los umbrales fijados en el contrato de servicios en función del órgano que efectúe la convocatoria.

La cuantía de los concursos de proyectos se calculará teniendo en cuenta el valor estimado del contrato de servicios y las eventuales primas de participación o pagos a los participantes, en el caso de la letra a) del apartado 2 (133.000 euros) y, en el caso previsto en la letra b), (206.000 euros)

el importe total de los pagos y primas, e incluyendo el valor estimado del contrato de servicios que pudiera adjudicarse ulteriormente con arreglo a la letra e) del artículo 158, si el órgano de contratación no excluyese esta adjudicación en el anuncio del concurso.

En caso de que se decida limitar el número de participantes, la selección de éstos deberá efectuarse aplicando criterios objetivos, claros y no discriminatorios, sin que el acceso a la participación pueda limitarse a un determinado ámbito territorial, o a personas físicas con exclusión de las jurídicas o a la inversa. En cualquier caso, al fijar el número de candidatos invitados a participar, deberá tenerse en cuenta la necesidad de garantizar una competencia real.

El jurado estará compuesto por personas físicas independientes de los participantes en el concurso de proyectos. Cuando se exija una cualificación profesional específica para participar en un concurso de proyectos, al menos un tercio de los miembros del jurado deberá poseer dicha cualificación u otra equivalente.

El jurado adoptará sus decisiones o dictámenes con total independencia, sobre la base de proyectos que le serán presentados de forma anónima, y atendiendo únicamente a los criterios indicados en el anuncio de celebración del concurso.

El jurado hará constar en un informe, firmado por sus miembros, la clasificación de los proyectos, teniendo en cuenta los méritos de cada proyecto, junto con sus observaciones y cualesquiera aspectos que requieran aclaración.

Deberá respetarse el anonimato hasta que el jurado emita su dictamen o decisión.

De ser necesario, podrá invitarse a los participantes a que respondan a preguntas que el jurado haya incluido en el acta para aclarar cualquier aspecto de los proyectos, debiendo levantarse un acta completa del diálogo entre los miembros del jurado y los participantes.

Conocido el dictamen del jurado y teniendo en cuenta el contenido de la clasificación y del acta a que se refiere el artículo anterior el órgano de contratación procederá a la adjudicación, que deberá ser motivada si no se ajusta a la propuesta o propuestas del jurado.

En lo no previsto por esta sección el concurso de los proyectos se regirá por las disposiciones reguladoras de la contratación de servicios.

5.10. Normas especiales para otros contratos del sector público.

5.10.1. Normas par los poderes adjudicadores.

Los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas aplicarán, para la adjudicación de sus contratos, las normas dependiendo de que estén sujetos a regulación armonizada o no.

La adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada se regirá por las normas establecidas en el Capítulo relativo a las administraciones públicas, con las siguientes adaptaciones (Art. 174 LCSP).

- a) No serán de aplicación las normas establecidas sobre intervención del comité de expertos para la valoración de criterios subjetivos, sobre criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas, sobre formalización de los contratos, sobre examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación, y sobre los supuestos en que es posible acudir a un procedimiento negociado para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos.
- b) No será preciso publicar las licitaciones y adjudicaciones en los diarios oficiales nacionales entendiéndose que se satisface el principio de publicidad mediante la publicación efectuada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» y la inserción de la correspondiente información en la plataforma de contratación a que se refiere el artículo 309 o en el sistema equivalente gestionado por la Administración Pública de la que dependa la entidad contratante, sin perjuicio de la utilización de medios adicionales con carácter voluntario.

Si, por razones de urgencia, resultara impracticable el cumplimiento de los plazos mínimos establecidos, sobre reducción de plazos.

En la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada serán de aplicación las siguientes disposiciones:

- a) La adjudicación estará sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.
- b) Los órganos competentes de las entidades a que se refiere esta sección aprobarán unas instrucciones, de obligado cumplimiento en el ámbito interno de las mismas, en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios enunciados en la letra anterior y que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad.

En el ámbito del sector público estatal, la aprobación de las instrucciones requerirá el informe previo de la Abogacía del Estado.

Se entenderán cumplidas las exigencias derivadas del principio de publicidad con la inserción de la información relativa a la licitación de los contratos cuyo importe supere los 50.000 euros en el perfil del contratante de la entidad, sin perjuicio de que las instrucciones internas de contratación puedan arbitrar otras modalidades, alternativas o adicionales, de difusión.

5.10.2. Normas para otros entes del sector público.

Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores deberán ajustarse, en la adjudicación de los contratos, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

La adjudicación de los contratos deberá efectuarse de forma que recaiga en la oferta económicamente más ventajosa.

En las instrucciones internas en materia de contratación que se aprueben por estas entidades se dispondrá lo necesario para asegurar la efectividad de los principios enunciados y la directriz establecida. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad.

En el ámbito del sector público estatal, estas instrucciones deberán ser informadas antes de su aprobación por el órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de la correspondiente entidad.

5.10.3. Normas sobre contratos subvencionados.

La adjudicación de los contratos subvencionados a que se refiere esta Ley se regirá por las normas establecidas con carácter general a los otros poderes adjudicadores en el artículo 174. (Art. 177 LCSP).

5.11. Normas sobre racionalización técnica de la contratación.

5.11.1. Normas generales

Una novedad importantes, recogido en la nueva ley es que para racionalizar y ordenar la adjudicación de contratos las Administraciones Públicas podrán concluir acuerdos marco, articular sistemas dinámicos, o centralizar la contratación de obras, servicios y suministros en servicios especializados.(ART. 178 LCSP).

Los sistemas para la racionalización de la contratación que establezcan las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas en sus normas e instrucciones propias, deberán ajustarse a las mismas disposiciones para la adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada.

5.11.2. Acuerdos marco.

Conforme al artículo 180.de la LCSP, los órganos de contratación del sector público podrán concluir acuerdos marco con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, siempre que

el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.

Cuando el acuerdo marco se concluya con varios empresarios, el número de éstos deberá ser, al menos, de tres, siempre que exista un número suficiente de interesados que se ajusten a los criterios de selección o de ofertas admisibles que respondan a los criterios de adjudicación.

La duración de un acuerdo marco no podrá exceder de cuatro años, salvo en casos excepcionales, debidamente justificados.

La celebración del acuerdo marco se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación y, en un plazo no superior a cuarenta y ocho días, se publicará además en el «Boletín Oficial del Estado» o en los respectivos Diarios o Boletines Oficiales de las Comunidades Autónomas o de las Provincias. La posibilidad de adjudicar contratos sujetos a regulación armonizada con base en el acuerdo marco estará condicionada a que en el plazo de cuarenta y ocho días desde su celebración, se hubiese remitido el correspondiente anuncio de la misma al «Diario Oficial de la Unión Europea» y efectuado su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Sólo podrán celebrarse contratos basados en un acuerdo marco entre los órganos de contratación y las empresas que hayan sido originariamente partes en aquél. En estos contratos, las partes no podrán, en ningún caso, introducir modificaciones sustanciales respecto de los términos establecidos en el acuerdo marco.

Cuando el acuerdo marco se hubiese concluido con un único empresario, los contratos basados en aquél se adjudicarán con arreglo a los términos en él establecidos. Los órganos de contratación podrán consultar por escrito al empresario, pidiéndole, si fuere necesario, que complete su oferta.

Cuando el acuerdo marco se hubiese celebrado con varios empresarios, la adjudicación de los contratos en él basados se efectuará aplicando los términos fijados en el propio acuerdo marco, sin necesidad de convocar a las partes a una nueva licitación.

5.11.3. Sistemas dinámicos de contratación

Conforme al artículo 183 de la LCSP, los órganos de contratación del sector público podrán articular sistemas dinámicos para la contratación de obras, servicios y suministros de uso corriente cuyas características, generalmente disponibles en el mercado, satisfagan sus necesidades, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.

La duración de un sistema dinámico de contratación no podrá exceder de cuatro años, salvo en casos excepcionales debidamente justificados.

El sistema dinámico de contratación se desarrollará de acuerdo con las normas del procedimiento abierto a lo largo de todas sus fases y hasta la adjudicación de los correspondientes contratos.

Todos los licitadores que cumplan los criterios de selección y que hayan presentado una oferta indicativa que se ajuste a lo señalado en los pliegos serán admitidos en el sistema.

Para la implementación de un sistema dinámico de contratación se observarán las siguientes normas:

- a) El órgano de contratación deberá publicar un anuncio de licitación, en la forma establecida en el artículo 126, en el que deberá indicar expresamente que pretende articular un sistema dinámico de contratación.
- b) En los pliegos deberá precisarse, además de los demás extremos que resulten pertinentes, la naturaleza de los contratos que podrán celebrarse mediante el sistema, y toda la información necesaria para incorporarse al mismo y, en particular, la relativa al equipo electrónico utilizado y a los arreglos y especificaciones técnicas de conexión.
- c) Desde la publicación del anuncio y hasta la expiración del sistema, se ofrecerá acceso sin restricción, directo y completo, por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, a los pliegos y a la documentación complementaria. En el anuncio a que se refiere la letra a) anterior, se indicará la dirección de Internet en la que estos documentos pueden consultarse.

El desarrollo del sistema, y la adjudicación de los contratos en el marco de éste deberán efectuarse, exclusivamente, por medios electrónicos, informáticos y telemáticos.

La participación en el sistema será gratuita para las empresas, a las que no se podrá cargar ningún gasto.

Durante la vigencia del sistema, todo empresario interesado podrá presentar una oferta indicativa a efectos de ser incluido en el mismo.

La evaluación de las ofertas indicativas deberá efectuarse en un plazo máximo de quince días a partir de su presentación. Este plazo podrá prorrogarse por el órgano de contratación, siempre que, entretanto, no convoque una nueva licitación.

El órgano de contratación deberá comunicar al licitador su admisión en el sistema dinámico de contratación, o el rechazo de su oferta indicativa, que solo procederá en caso de que la oferta no se ajuste a lo establecido en el pliego, en el plazo máximo de dos días desde que se efectúe la evaluación de su oferta indicativa.

Las ofertas indicativas podrán mejorarse en cualquier momento siempre que sigan siendo conformes al pliego.

Cada contrato específico que se pretenda adjudicar en el marco de un sistema dinámico de contratación deberá ser objeto de una licitación.

Cuando, por razón de su cuantía, los contratos a adjudicar estén sujetos a regulación armonizada, antes de proceder a la licitación los órganos de contratación publicarán un anuncio simplificado,

en los medios que se detallan en el artículo 126 de la ley, invitando a cualquier empresario interesado a presentar una oferta indicativa, en un plazo no inferior a quince días, que se computarán desde el envío del anuncio a la Unión Europea. Hasta que se concluya la evaluación de las ofertas indicativas presentadas en plazo no podrán convocarse nuevas licitaciones.

Todos los empresarios admitidos en el sistema serán invitados a presentar una oferta para el contrato específico que se esté licitando, a cuyo efecto se les concederá un plazo suficiente, que se fijará teniendo en cuenta el tiempo que razonablemente pueda ser necesario para prepararla, atendida la complejidad del contrato. El órgano de contratación podrá, asimismo, abrir una subasta electrónica.

El contrato se adjudicará al licitador que haya presentado la mejor oferta, valorada de acuerdo con los criterios señalados en el anuncio de licitación. Estos criterios deberán precisarse en la invitación a la que se refiere el apartado anterior.

El resultado del procedimiento deberá anunciarse dentro de los cuarenta y ocho días siguientes a la adjudicación de cada contrato. No obstante, estos anuncios podrán agruparse trimestralmente, en cuyo caso el plazo de cuarenta y ocho días se computará desde la terminación del trimestre.

5.11.4. Centrales de contratación

Conforme al Art. 187 de la ley de contratos, Las entidades del sector público podrán centralizar la contratación de obras, servicios y suministros, atribuyéndola a servicios especializados.

Las centrales de contratación podrán actuar adquiriendo suministros y servicios para otros órganos de contratación, o adjudicando contratos o celebrando acuerdos marco para la realización de obras, suministros o servicios destinados a los mismos.

Las centrales de contratación se sujetarán, en la adjudicación de los contratos y acuerdos marco que celebren, a las disposiciones de la presente Ley y sus normas de desarrollo.

Creación de centrales de contratación por las Comunidades Autónomas y Entidades Locales.

La creación de centrales de contratación por las Comunidades Autónomas, así como la determinación del tipo de contratos y el ámbito subjetivo a que se extienden, se efectuará en la forma que prevean las normas de desarrollo de la LCSP que aquéllas dicten en ejercicio de sus competencias.

En el ámbito de la Administración local, las Diputaciones Provinciales podrán crear centrales de contratación por acuerdo del Pleno.

Las Comunidades Autónomas y las Entidades locales, así como los Organismos autónomos y entes públicos dependientes de ellas podrán adherirse al sistema de contratación centralizada estatal, para la totalidad de los suministros, servicios y obras incluidos en el mismo o sólo para determi-

nadas categorías de ellos. La adhesión requerirá la conclusión del correspondiente acuerdo con la Dirección General del Patrimonio del Estado.

Igualmente, mediante los correspondientes acuerdos, las Comunidades Autónomas y las Entidades locales podrán adherirse a sistemas de adquisición centralizada de otras Comunidades Autónomas o Entidades locales.

Las sociedades y fundaciones y los restantes entes, organismos y entidades del sector público podrán adherirse a los sistemas de contratación centralizada establecidos por las Administraciones Públicas.

En cuanto al ámbito estatal, La contratación de estos suministros, obras o servicios deberá efectuarse a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado, que operará, respecto de ellos, como central de contratación, a cuyos efectos, en el ámbito de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, el Ministro de Economía y Hacienda podrá declarar de contratación centralizada los suministros, obras y servicios que se contraten de forma general y con características esencialmente homogéneas por los diferentes órganos y organismos.

La contratación de obras, suministros o servicios centralizados podrá efectuarse por la Dirección General del Patrimonio del Estado a través de los siguientes procedimientos:

- a) Mediante la conclusión del correspondiente contrato, que se adjudicará con arreglo a las normas procedimentales generales.
- b) A través del procedimiento especial de adopción de tipo. Este procedimiento se desarrollará en dos fases, la primera de las cuales tendrá por objeto la adopción de los tipos contratables para cada clase de bienes, obras o servicios mediante la conclusión de un acuerdo marco o la apertura de un sistema dinámico, mientras que la segunda tendrá por finalidad la contratación específica, conforme a las normas aplicables a cada uno de dichos sistemas contractuales, de los bienes, servicios u obras de los tipos así adoptados que precisen los diferentes órganos y organismos.

La conclusión por la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales de acuerdos marco que tengan por objeto bienes, servicios u obras no declarados de contratación centralizada requerirá el informe favorable de la Dirección General del Patrimonio del Estado, que deberá obtenerse antes de iniciar el procedimiento dirigido a su adjudicación, cuando esos bienes, servicios u obras se contraten de forma general y con características esencialmente homogéneas en el referido ámbito. Igualmente, será necesario el previo informe favorable de la Dirección General del Patrimonio del Estado para la celebración de acuerdos marco que afecten a más de un Departamento ministerial, Organismo autónomo o entidad de las mencionadas en este apartado.

Adquisición centralizada de equipos y sistemas para el tratamiento de la información.
La competencia para adquirir equipos y sistemas para el tratamiento de la información y sus

elementos complementarios o auxiliares en el ámbito definido en el apartado 1 del artículo anterior que no hayan sido declarados de adquisición centralizada conforme a lo señalado en el mismo corresponderá, en todo caso, al Director General del Patrimonio del Estado, oídos los Departamentos ministeriales u organismos interesados en la compra en cuanto sus necesidades. (Artículo 191 LCSP).

Por otra parte el Ministro de Economía y Hacienda podrá atribuir la competencia para adquirir los bienes a que se refiere este artículo a otros órganos de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y Entidades públicas estatales, cuando circunstancias especiales o el volumen de adquisiciones que realicen así lo aconsejen.

SENTENCIA DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2008 DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 2 DE ALMERIA RESOLVIENDO VARIOS RECURSOS ACUMULADOS EN EL LLAMADO CASO “ALGARROBICO” PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN HOTEL EN EL MUNICIPIO DE CARBONERAS.

Carmen Carretero Espinosa de los Monteros
Letrada de la Junta de Andalucía

I. INTRODUCCIÓN.

Se trata en este caso de analizar sentencia del Juzgado de lo contencioso nº 2 de Almería, que pone fin a los recursos interpuestos por diversas Asociaciones ecologistas y por la Administración de la Junta de Andalucía, contra resoluciones presuntas del Ayuntamiento de Carboneras. Con ello, se aborda jurídicamente un tema que ha sido polémico desde que diversas asociaciones ecologistas dieran difusión en los medios de comunicación a diversas imágenes de la construcción de un hotel en la playa del Algarrobico del Levante almeriense (llegó a salir incluso como primera noticia de un informativo nacional). Desde entonces la batalla mediática y judicial ha sido continua. Esta que analizamos, es así la primera sentencia recaída sobre el tema, pero sin duda, no será la última.

II. RESUMEN DE LA SENTENCIA.

Como decimos, se trata de sentencia que resuelve los recursos acumulados 457/05, 73/06 y 228/06, interpuestos por la Asociación “Salvemos Mojacar y el Levante Almeriense”, y la Federación Provincial de Ecologistas en acción “Almería”, así como por la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, frente a actos desestimatorios del Ilmo. Ayuntamiento de Carboneras, habiéndose personado como interesados la mercantil Azata Sol S.A. y la Administración del Estado, como Ministerio de Administraciones Públicas, subdelegación del Gobierno de Almería.

El objeto de impugnación lo constituyeron resoluciones desestimatorias presuntas del Ilmo. Ayuntamiento de Carboneras, frente a las pretensiones cursadas por las asociaciones ecologistas, así como resolución expresa desestimatoria del pleno del Ayuntamiento de Carboneras frente a la petición de la Administración Pública andaluza. En el primer caso, las asociaciones solicitaban se dictase sentencia por la que se condenase al Ayuntamiento de Carboneras a revisar la concesión de licencia otorgada el 13 de enero de 2003, para la construcción del Hotel Azata del Sol declarándola nula de pleno derecho, se paralizasen las obras, se iniciase expediente de demolición

de lo construido en orden al restablecimiento de la legalidad urbanística por ser obras ilegales e ilegalizables. En el supuesto de impugnación de la Administración autonómica, el suplico de la demanda era de anulación de la desestimación expresa del requerimiento de revisión de oficio formulado por la Delegación Provincial de Obras Públicas y Transportes de la licencia otorgada por la Comisión de gobierno del Ayuntamiento de Carboneras de 13 de enero de 2003.

La sentencia estima las demandas interpuestas, anula los actos impugnados y condena al Ayuntamiento de Carboneras a iniciar el procedimiento de revisión de oficio de la licencia urbanística que se considera nula. Al tiempo, ordena la deducción de testimonio integro del recurso contencioso-administrativo y su remisión al Ministerio Fiscal, por entender que pudieran existir actuaciones administrativas delictivas.

III. ANALISIS DE LOS RAZONAMIENTOS.

III.1.- El primer punto que solventa la sentencia es el que se refiere a la alegación de inadmisibilidad formulada por el Ayuntamiento de Carboneras y la mercantil personada en los autos, referido a la falta de legitimación de las Asociaciones ecologistas demandantes para interponer el recurso, conforme al artículo 69 b) de la Ley Jurisdiccional, al no haber aportado las mismas una copia de sus Estatutos y de los acuerdos dictados por los órganos competentes con capacidad jurídica para ejercer las acciones judiciales emprendidas.

Y lo solventa considerando que no existe causa de inadmisibilidad por falta de legitimación, tanto desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución, que impone la obligación de realizar una interpretación restrictiva de las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo, como desde la consideración de que el Ayuntamiento no las requirió en vía administrativa para acreditar su representación alegando para ello la doctrina contenida en la STS 22-5-2008, siendo así que además, la legitimación ad causam, como señala la sentencia de la sección cuarta de la Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de febrero de 2008, en cuanto atribución a un determinado sujeto de un derecho subjetivo reaccional, que le permite impugnar una actuación administrativa que él considera ilegal, y que ha incidido en su esfera vital de intereses, debe ser interpretada en forma amplia, en aplicación del principio antiformalista.

Aplicando así dichas pautas jurídicas, desestima la causa de inadmisibilidad, considerando que si bien, «la asociación y federación ecologistas no adjuntaron certificación del acuerdo del órgano competente, según sus respectivos Estatutos, para el ejercicio de la acción judicial, empero, en aplicación de los principios de proporcionalidad y pro actione y para satisfacción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución), ha de entenderse colmado el requisito de la legitimación para accionar judicialmente mediante la aportación, por parte de la “Asociación Salvemos Mojácar y el Levante Almerense”, del poder general para pleitos otorgado en fecha 8 de octubre de 2.004, y en el que el notario actuante da fe de que quien lo otorga es el Presidente y, por tanto, representante legal de dicha asociación, y de que, con vista de los Estatutos, entre sus facultades, figura la de otorgar poderes ante notario a favor de Procuradores y Abogados. Y lo mismo puede predicarse del supuesto de la “Federación Provincial de Ecologistas en Acción-Almería”, en el que concurren las mismas circunstancias». Añade que además debe tenerse en cuenta que «para la de-

fensa de la legalidad urbanística, existe acción pública ex artículo 304 del Texto Refundido de 1.992, precepto vigente— y otras sectoriales, como las de costas y medio ambiente, en las que concurren un indudable interés general, aparte de que la asociación y federación ecologistas actoras tienen como misión la preservación del medio ambiente, por lo que, en fin, los óbices procesales que pudieran oponerse subordinarían ese interés general a un formalismo tributario de épocas pretéritas».

III.2.- Salvado lo anterior, analiza separadamente y a continuación, los motivos que sustentan el fallo de la sentencia ordenando se inicie la revisión de oficio de la licencia otorgada por el Ayuntamiento de Carboneras, son fundamentalmente dos : por infracción del artículo 23.1 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas en punto al respeto de la extensión de la zona de la servidumbre de protección, así como por vulneración de la normativa sectorial en materia de medio ambiente, por considerar que conforme al Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Parque Natural Cabo de Gata-Níjar (en lo sucesivo, PORN), el Hotel Azata del Sol se ubica en espacio protegido no urbanizable.

Respecto de la infracción por la licencia otorgada, del artículo 23.1 de la Ley de Costas, son los fundamentos de derecho tercero y cuarto de la sentencia los que profundizan en su estudio.

Parte la resolución judicial de la contemplación de dos datos : la entrada en vigor de la Ley de Costas, que lo fue el mismo día de su publicación en el BOE, esto es, el 29 de mayo de 1988, y la de la publicación del Plan Parcial del Sector R-5 de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Carboneras, que lo fue el día 4 de agosto de 1988, habiendo sido aprobado definitivamente el día 26 de mayo del mismo año. De estos dos datos, así como de la aplicación de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera, apartado 1 de la Ley de Costas, la sentencia deduce que al citado Plan Parcial le era aplicable el régimen jurídico instaurado por la Ley de Costas, al ser su publicación posterior a la Ley, afectándole de esta manera, las normas de dicha ley en cuanto a la extensión de la servidumbre de protección.

En efecto, señala la sentencia que conforme a la Disposición Transitoria Tercera, apartado 1, de la Ley de Costas, «las disposiciones contenidas en el título II sobre zonas de servidumbre de protección y de influencia serán aplicables a los terrenos que a la entrada en vigor de la presente Ley, están clasificados como suelo urbanizable no programado y suelo no urbanizable», disponiendo su apartado 2 que, “en los terrenos que, a la entrada en vigor de la presente Ley, estén clasificados como suelo urbanizable programado o apto para la urbanización se mantendrá el aprovechamiento urbanístico que tengan atribuidos, aplicándose las siguientes reglas: a) Si no cuentan con Plan parcial aprobado definitivamente, dicho Plan deberá respetar íntegramente y en los términos del apartado anterior las disposiciones de esta Ley, siempre que no dé lugar a indemnización de acuerdo con la legislación urbanística. b) Si cuentan con Plan Parcial aprobado definitivamente, se ejecutarán las determinaciones del Plan respectivo, con sujeción a lo previsto en el apartado siguiente para el suelo urbano. No obstante, los Planes aprobados definitivamente con posterioridad al 1 de enero de 1988 y antes de la entrada en vigor de esta Ley, que resulten contrarios a lo previsto en ella, deberán ser revisados para adaptarlos a sus disposiciones, siempre que no dé lugar a indemnización de acuerdo con la legislación urbanística. La misma regla se aplicará a los Planes parciales cuya ejecución no se hubiera llevado a efecto en el plazo previsto por causas no imputables a la Administración, cualquiera que sea la fecha de su aprobación definitiva».

De la lectura de esta disposición deduce que en cualquiera de las dos hipótesis contempladas en los trascritos apartados 1 y 2 de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Costas, al Plan Parcial le era aplicable la Ley de Costas. En primer lugar, se dice, porque aun cuando el Plan Parcial es válido desde su aprobación (26 de mayo de 1988, fecha del acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo), no es sin embargo eficaz ex artículo 70.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de la Bases de Régimen Local, hasta su publicación completa el día 4 de agosto de 1988, por lo que deduce que es claro que el Plan Parcial debió respetar íntegramente las disposiciones de la Ley de Costas (señaladamente, los artículos 23 y 25). Pero es más, dice la sentencia, que incluso admitiendo la clasificación de urbanizable del suelo sobre el que se desarrollan las obras del gestionado hotel de conformidad con las NN.SS. de Carboneras -aprobadas definitivamente el 28 de enero de 1988-, el apartado 2 de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Costas constreñiría a la revisión del Plan Parcial, por cuanto tanto su aprobación definitiva, en 26 de mayo de 1988, como su publicación, 4 de agosto de 1988, fueron posteriores al 1 de enero de 1988. Resultaría así en atención a dichos datos cronológicos, que en ambos supuestos, devendrían aplicables las disposiciones de la Ley de Costas atinentes a la extensión de la zona afectada por la servidumbre de protección.

El segundo problema que se plantea la sentencia es conocer hasta donde se extiende dicha servidumbre de protección en la zona en cuestión. Para ello se apoya en el dictamen de perito en la materia que en informe que se aporta a autos asevera, que ésta es de 100 metros. Por otra parte señala la sentencia que dicha extensión de 100 metros ha sido confirmada por sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 23 de enero de 2008, que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Carboneras contra la Orden del Ministerio de Medio Ambiente, de fecha 8 de noviembre de 2005, por la que se aprueba el deslinde de los bienes de dominio público marítimo-terrestre del tramo de costas que afecta, entre otras, a la zona en que se ubica el hotel en construcción.

Rechaza así, la pretensión de la Junta de Andalucía, que defendía la nulidad de la licencia municipal en base a que parte del hotel estaba construido sobre la zona de protección de 50 metros que especifica el artículo 21 del Plan Especial del Medio Físico de Almería, aprobado por resolución del Consejero de Obras Públicas de 25 de abril de 1987, y ello en cuanto se dice el mismo no se halla publicado, al tiempo que es un Plan contrario en dicha especificación a la Ley de Costas, vulnerándose por el mismo el principio de jerarquía normativa.

Analiza y transcribe a continuación sentencia del Alto Tribunal sobre la exégesis de la Disposición Transitoria Tercera, concretamente, la sentencia de 12 de mayo de 2004 (recurso de casación núm. 199/2002; ponente Excmo. Sr. Don Rafael Fernández Valverde), y con base en sus pronunciamientos, concluye que “En suma, aparte de que se incumplieron los plazos para la ejecución de las obras de urbanización establecidos en las NN.SS. de Carboneras y en el propio Plan Parcial (en el Texto Refundido del Plan Parcial se dice que “el Plan Parcial se revisará, sí transcurridos seis años desde su aprobación definitiva, no se hubiere actuado sobre el mismo”, vid. documento 1 del expediente administrativo), y visto que el suelo sobre que se desarrollan las obras del hotel censurado no tenía derecho a aprovechamiento urbanístico alguno, puesto que no se había consolidado

la edificación ni existía derecho alguno a ser indemnizado que asistiera al titular de la parcela -el único gasto que los promotores habían sufragado al 29 de julio de 1.988 era la redacción del Plan Parcial-, ha de reputarse prevalente el interés general insito en el respeto a lo dispuesto en la Ley de Costas sobre la servidumbre legal de protección, que, en el caso enjuiciado, recae, como se ha dejado expuesto, sobre una zona de cien metros, invadida totalmente por la construcción del complejo hotelero en la playa de “El Algarrobico”.

Entiende conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Octava 2 del Reglamento de la Ley de Costas los Planes Parciales aprobados con posterioridad al 1 de enero de 1.988, deben ser revisados siempre que no se produzcan «disminuciones o reducciones del aprovechamiento urbanístico que, resultando exigibles por la estricta aplicación de la Ley de Costas, supondrían una modificación del planeamiento vigente indemnizable con arreglo a la legislación urbanística», lo que no acontece en el caso de autos» y ello en cuanto que “al estar clasificado Sector ST-1 como urbanizable, le sería, en todo caso, de aplicación el artículo 5.2.2.4 de las NN.SS. de Planeamiento de Carboneras (“en suelo clasificado como Urbanizable el límite de las parcelas edificables deberá situarse a una distancia de 100,00 metros del deslinde del Dominio Público Marítimo-Terrestre...”), amén de que, como antes se ha dicho, a la entrada en vigor de la Ley de Costas, 29 de julio de 1.988, no existía aprovechamiento urbanístico patrimonializado alguno, sino que los promotores sólo tenían simples expectativas, que no son, naturalmente, indemnizables”.

Cuestión distinta es que la que a continuación añade, y es que el Ayuntamiento de Carboneras, sí debió proceder a la revisión del Plan Parcial del Sector S-T1 -anteriormente. Sector R-5 de las NN.SS. de Carboneras- para adaptarlo a las previsiones de la Ley de Costas, en acatamiento a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera, apartado 2 b), de la Ley de Costas, en la que se prevé que si el suelo cuenta con Planes Parciales aprobados definitivamente con posterioridad al 1 de enero de 1988 y antes de la entrada en vigor de esta Ley, que resulten contrarios a lo previsto en ella, “...deberán ser revisados para adaptarlos a sus disposiciones, siempre que no dé lugar a indemnización de acuerdo con la legislación urbanística”.

Y culmina el fundamento jurídico señalando que «la Corporación Local demandada tenía perfecto conocimiento hace ya veinte años de que la zona de servidumbre de protección era de 100 metros, como así se lo hizo saber el informe, preceptivo y vinculante, del Director General de Costas, de fecha 15 de febrero de 1.988, en el que se aconsejaba que la edificación se sitúe a “...100 m., contados a partir de la línea interior de la zona marítimo-terrestre” (vid. folio 17 del Plan Parcial del Sector R-5; documento 1 del expediente administrativo), lo que se reiteró diez años después, concretamente el 3 de marzo de 1.998, en la respuesta que el Servicio Provincial de Costas dio al representante de la entidad mercantil “Azata del Sol, S.L.” y al Arquitecto del Hotel Azata del Sol, y en la que se volvía a manifestar que “...la servidumbre de protección que, por tratarse de suelo clasificado como urbanizable sin Plan Parcial aprobado a la entrada en vigor de la Ley de Costas tiene un ancho de cien metros (100...” (vid. ramo de prueba de la actora)», añadiendo que «si el Ayuntamiento de Carboneras no cumplió con el mandato de adaptar el Plan Parcial a la Ley de Costas, tampoco lo hizo la Junta de Andalucía, la que, según certificación del Secretario de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Almería, de fecha 15 Enero de 2.003, obrante en el ramo de prueba de la tercera interesada mandada, entidad mercantil “Azata

del Sol, S.L.”, “...acordó la subrogación de las competencias urbanísticas municipales en el procedimiento de gestión de dicho sector” -el Sector R-5 de las NN.SS. de Carboneras, se entiende, y que, pese a ello, mostró en el tiempo una actitud pasiva y condescendiente con las infracciones contra la normativa sectorial de costas, permitiendo, en definitiva, que se iniciase y desarrollase la construcción del cuestionado hotel. Mas, no sólo consintió la vulneración de la Ley de Costas, sino que, como a continuación se tendrá oportunidad de comprobar, tampoco ejerció sus potestades en defensa de protección del medio ambiente».

Por todo ello afirma que dado que la licencia de obras cuestionada, incurre en vulneración de lo establecido en el artículo 23.1 de la Ley de Costas, autorizando una construcción proscrita por el artículo 25.1 a) y 2 del citado cuerpo legal, desconociendo las expresadas limitaciones y servidumbres del artículo 21.1 del tan repetido texto legal, debe procederse a iniciar la revisión de oficio.

III.3.- Entra tras ello a analizar el segundo motivo de impugnación del recurso que se recoge en el fundamento de derecho quinto, y se cimienta en la vulneración de la normativa sectorial en materia de Medio Ambiente.

Para el juzgador, resulta incontestable que la construcción en cuestión se ubica en espacio protegido no urbanizable, conforme a la planimetría oficial del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Parque Natural Cabo de Gata-Níjar, publicada en el BOJA número 203, de fecha 22 de diciembre de 1.994 -fecha de publicación del Decreto 418/1994, de 25 de octubre, que aprobó el PORN del Parque Natural Cabo de Gata-Níjar-, en particular de la página 13.708 del mencionado diario oficial, la ubicación del precitado Sector y edificación del hotel se halla en la subzona Cl, incompatible con el uso urbanístico.

Consecuente con ello considera que las NN.SS. de Carboneras debieron adaptarse al nuevo régimen impuesto por el PORN del Parque Natural Cabo Gata-Níjar, al tener dicha planificación ambiental mayor rango normativo que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 5 y 19.2 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, recriminando al Ayuntamiento de Carboneras su abulia y desidia en la defensa del interés general al no haber procedido a la modificación de la normativa urbanística permitiendo la construcción del hotel.

No obstante, no solo es el Ayuntamiento de Carboneras el blanco de sus críticas. Recrimina asimismo la sentencia a la Junta de Andalucía su actuación en el caso presente, calificando su conducta como anuente con las vulneraciones del Ordenamiento jurídico. Y ello, por cuanto el juzgador considera que la Administración Autonómica no solamente no ejerció sus facultades en defensa del medio ambiente -entre otras, la de suspender la ejecución de las obras en un suelo incompatible con el uso urbanístico por estar incluido en una de las zonas de protección por el PORN de Cabo de Gata-Níjar-, sino que, además, procuró orillar la aplicación de tales limitaciones de usos que se imponían la Subzona Cl en que se localizaban los terrenos en los que se desarrollaba la construcción del hotel, mediante la modificación de la planimetría oficial, por vía de hecho, sin someterse a procedimiento administrativo alguno, sin que considere viable el juzgador los argumentos de la Administración en el sentido de que la modificación de la cartografía

era precisa en orden a corregir errores materiales de la planimetría publicada en BOJA, de difícil legibilidad por sus reducidas dimensiones que no permitía concluir con certeza la zonificación correspondiente al área geográfica de referencia, siendo precisamente un error la calificación de dichos terrenos en la planimetría como C1, dado que en realidad los de dicho sector urbanístico **ST-1** eran en la planimetría medioambiental subzona D2 (“Áreas Urbanizables”), definidas en el artículo 238 del PORN del Parque Natural Cabo de Gata-Níjar como “aquellos espacios que, clasificados por el planeamiento municipal vigente como tales, no presenten contradicción alguna con los objetivos de conservación”.

Por último, antes de exponer la conclusión final sobre la necesidad de proceder a al revisión de oficio, recuerda la sentencia que en el nuevo Decreto autonómico 37/2008, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Natural Cabo de Gata-Níjar, vuelve a señalarse que “en las áreas degradadas por la actividad humana (áreas alteradas de las concesiones de explotación minera vigentes y otras áreas degradadas por la intervención humana) el criterio de ordenación es promover su regeneración y recuperación al objeto de, en la medida de lo posible, devolverles su funcionalidad. En caso de que esto no sea posible, estas áreas se podrán dedicar a aquellas actuaciones que contribuyan a los objetivos de conservación del espacio», incluyéndose como tales, los terrenos de la Zona C3 (sector ST-1 en las NN.SS. de Carboneras), y que ex abundancia, esos terrenos, con posterioridad se han visto afectados por la declaración de Zona de Especial Protección para las Aves (“ZEPA”), en octubre de 1.989, y Lugar de Interés Comunitario (“LIC”), en enero de 1.988, siendo incluidos, en 2.007, el Sector concernido en la Red Natura 2000, y anteriormente, en 1.997, la zona fue declarada por la UNESCO Reserva de la Biosfera, formando parte de la Red Europea de Geoparques desde el año 1.991 y constituyendo “Zona Especial Protección del Mediterráneo (“ZEPIME”) y Humedal “RAMSAR”.

Finalizado así el análisis jurídico de los dos motivos de impugnación alegados por las actoras, añade la sentencia dos fundamentos de derecho más, uno dedicado a analizar procedimentalmente la solución que ha de darse al caso, y otro justificador de la deducción de testimonio del recurso y remisión al Ministerio Fiscal en orden a la averiguación de la posible existencia de delito penal.

Respecto de la solución procedimental, señala la sentencia en su fundamento jurídico sexto, que la falta de impugnación dentro del plazo legalmente establecido en la Ley Jurisdiccional del acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Carboneras, adoptado en la sesión de 13 de enero de 2.003, mediante el que se otorgó licencia de obras para la construcción “Hotel Azata del Sol”, en la playa denominada de “El Algarrobo”, impide a dicho órgano jurisdiccional anular directamente dicho acto administrativo, aunque haya méritos para ello, pero que no obstante, habida cuenta la vulneración de las normativas sectoriales en materia de costas y de medio ambiente detectadas, sí considera procedente el inicio del procedimiento de revisión de oficio, en orden a que puedan ser anulados los actos desestimatorios de las solicitudes de revisión de oficio del acuerdo impugnado, formuladas por las partes actoras, conforme a lo previsto en los artículos 102 de la Ley 30/1992 y 190 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, ante la existencia de una infracción urbanística muy grave, tipificada en el artículo 207.4 C) a) del mencionado texto legal, dado que la construcción afecta a suelo no urbanizable de

especial protección. En cuanto a la deducción de testimonio, se razona en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia en la «abulia y desidia de la Corporación Local demandada y de la Junta de Andalucía en la defensa del interés general «representado por el respeto a la normativa sectorial de costas y de medio ambiente, cuya conculcación ha sido ampliamente expuesta y razonada en los precedentes fundamentos jurídicos (de hecho, de no haber sido suspendida la ejecución de las obras del Hotel por auto de este Juzgado de fecha 21 de febrero de 2.006, en la pieza separada de medidas cautelares, el citado Hotel, que ya se encontraba en la última fase de su construcción, habría comenzado su actividad, aumentando, de este modo, el eventual quantum indemnizatorio a percibir por los promotores), así como la anuente conducta del ente autonómico con esas vulneraciones del ordenamiento jurídico, que se concretó en la burda maniobra de sustituir la planimetría del PORN oficialmente publicada por otra en la que se ubicaban los terrenos en una zona, la D2, en la que no resultaba incompatible el uso urbanístico, emitiendo, de esta guisa, la construcción de un hotel en suelo de especial protección y con laminación de la servidumbre de protección estatuida en la Ley de Costas, presentan, sin perjuicio de una ulterior y más depurada calificación jurídica, los caracteres de los delitos de prevaricación administrativa y contra la ordenación del territorio, definidos y sancionados, respectivamente, en los artículos 404 y 319 y 320 del vigente Código Penal, por lo que procede deducir testimonio de las presentes actuaciones y remitirlas al Ministerio Fiscal, a los efectos oportunos».

Por todo ello con rechazo de la causa de inadmisibilidad, procede a estimar los recursos interpuestos, anulando las resoluciones recurridas.

IV. DOCTRINA QUE CONTIENE LA SENTENCIA.

Comenzaremos el análisis señalando que no podemos compartir el análisis que de la causa de inadmisibilidad planteada realiza la sentencia recurrida, aunque parece que el error fue inducido por los propios demandantes que la alegaron.

En efecto, se desestima la pretensión de inadmisibilidad ex. art. 69 b) de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), basada en la falta de legitimación activa de la asociación y la federación ecologista recurrente. Entendía la representación municipal que dichas asociaciones carecían de legitimación en cuanto no habían procedido a aportar copia de sus Estatutos y respectivos acuerdos dictados por los órganos competentes con capacidad jurídica para ejercer las acciones judiciales recurrentes. Por la sentencia de instancia, como hemos visto se estima sin embargo que no concurre dicha causa de inadmisibilidad en cuanto que ha de entenderse colmado el requisito de la legitimación para accionar judicialmente mediante la aportación, por parte de las mismas de poder general para pleitos, en el que el notario actuante da fe de que quien lo otorga es el Presidente y representante legal de dicha asociación, que, con vista de los Estatutos tiene entre sus facultades la de otorgar poderes ante notario a favor de Procuradores y Abogados. A lo que se añade que ostentan legitimación para la defensa de la legalidad urbanística, al existir acción pública ex artículo 304 del Texto Refundido de 1.992, y las normas sectoriales sobre costas y medio ambiente.

Sin embargo en este punto, la sentencia confunde claramente legitimación con capacidad procesal. Con evidencia, dichas asociación y federación, dado el reconocimiento por Ley de su posible actuación en defensa de la legalidad, ostentan legitimación activa, conforme a lo dispuesto en el artículo 19.1.h) de la LJCA. Cuestión distinta, es que ostenten capacidad procesal, porque lo que se precisa en dichos casos, es conforme a lo dispuesto en el artículo 45.2.d) LJCA es la prueba acreditativa, de que dicho representante legal, que es el Presidente, se halla facultado por acuerdo específico del órgano estatutariamente competente para litigar, a partir de lo cual, dicho Presidente o representante legal, se encontrará perfectamente legitimado para otorgar poder para pleitos a favor de abogado y procurador determinado. En este sentido, resulta ilustrativa la sentencia de 11 de enero de 2007, de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (RJ. 160336) que asume la doctrina contenida en las sentencia que cita del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1991 y 18 de enero de 1993. Por nuestra parte, dejamos citada también la STS de 29 de enero de 2008, RJ. 443, que responde a la misma clarificación de conceptos. Por lo tanto, la sentencia confunde ambos conceptos, sin que por lo demás dicho defecto hubiera debido de tener mayor trascendencia en la instancia, dado que se trata de requisito subsanable.

Tampoco estamos de acuerdo con la interpretación que de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Costas realiza la sentencia de instancia, por cuanto o bien la interpretación es confusa o bien confunde los conceptos de validez y eficacia administrativas. Y es que basta la lectura de la citada Disposición adicional tercera para comprobar que dicha disposición en ningún momento contempla como supuesto de hecho de la norma el de la “publicación” de los Planes, sino que se supuesto de hecho lo refiere a los Planes que hayan sido “aprobados definitivamente”, lo cual es desde luego bastante distinto, sobre todo en un caso como el presente, en el que la aprobación del Plan Parcial se produce antes de la entrada en vigor de la Ley 22/1988 de la Ley de Costas (29 de mayo), en tanto que su publicación es posterior (4 de agosto). Ignorar esta circunstancia, entendemos que no es posible.

Sin embargo, con base en dicha interpretación de la Disposición transitoria tercera que viene a equiparar los conceptos de aprobación del Plan con el de publicación del mismo, con lo que la sentencia no puede sino concluir la directa aplicación de lo dispuesto en el artículo 23.1 de la Ley de Costas («La servidumbre de protección recaerá sobre una zona de 100 metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar»), sin permitir el juego de dicha transitoria, que precisamente, se buscó por el legislador estatal con al finalidad de minorar la indemnizaciones por reducción de aprovechamientos urbanísticos. Ello lo recuerda la STS 12 de mayo de 2004, precisamente citada por la sentencia de instancia, cuando literalmente señala que «aunque la exégesis de los preceptos contenidos en las dos Disposiciones Transitorias (Tercera de la Ley de Costas y Octava del Reglamento) es complicada, de lo que no cabe duda es de que, “cuando las zonas de servidumbre de protección y de influencia afecten a suelos que, a la entrada en vigor de la vigente Ley de Costas, estuviesen clasificados como suelo urbanizable programado o apto para urbanizar, las Administraciones urbanísticas, autonómica y municipal, conservan sus propias competencias para fijar definitivamente la superficie gravada con dicha servidumbre de protección, para lo que ha de tenerse en cuenta si los terrenos cuentan o no con Plan Parcial definitivamente aprobado”.

A partir de aquí, tampoco tiene sentido la reconvencción que se hace al Ayuntamiento de carboneras, en orden a que debió haber procedido a la revisión del Plan Parcial, dado el presupuesto de hecho equivocado del que parte la sentencia. De otro lado, no alcanzamos a comprender que se diga que «La Corporación Local demandada tenía perfecto conocimiento hace ya veinte años de que la zona de servidumbre de protección era de 100 metros, como así se lo hizo saber el informe, preceptivo y vinculante, del Director General de Costas, de fecha 15 de febrero de 1.988, en el que se aconsejaba que la edificación se sitúe a “...100 m., contados a partir de la línea interior”, en cuanto que, ya no sólo no es posible que un informe preceptivo y vinculante “aconseje”, sino que además, si como se hace constar en la resolución que comentamos, la Orden del Ministerio de Medio Ambiente aprobatoria del deslinde fue dictada el 8 de noviembre de 2005 (de ahí su confirmación por sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de enero de 2008), es difícil que con anterioridad a esa fecha, el Ayuntamiento de Carboneras, pudiera tener “perfecto conocimiento” de la existencia cierta de 100 metros de protección.

Por otro lado, no entendemos que se confunda la servidumbre de protección establecida en el artículo 23.1 de la Ley de Costas, con las limitaciones de protección que se contienen en el artículo 21 del Plan Especial del Medio Físico de Almería, aprobado por resolución del Consejero de Obras Públicas de 25 de abril de 1987, y publicado en BOJA nº 42 de 18 de mayo del mismo año. Y es que se trata de medidas de protección que se superponen y complementan, pero que en modo se identifican, pues responden al ejercicio de distintas competencias en la materia por las Administraciones Autonómica y del Estado en orden a la protección del interés público. Por lo tanto, una cosa será la protección sobre las costas a través de la servidumbre fijada por la legislación estatal en 100 metros, y otra distinta, la obligación que impone el artículo 21 del Plan de protección del medio físico de la Administración andaluza en orden al ejercicio de sus competencias en materia de medio ambiente, siendo así que conforme a dicho precepto «A fin de garantizar la existencia de espacios libres suficientes entre las zonas susceptibles de ser urbanizadas y el dominio público marítimo, el planeamiento urbanístico deberá delimitar una franja de protección de la anchura que en cada caso resulte necesario y en ningún caso inferior a 50 metros».

Más difícil se torna nuestro comentario en relación con la infracción que se aprecia de la normativa ambiental, dado que se base en apreciaciones fácticas y pruebas que han tenido lugar a lo largo del proceso. No obstante, es conocido por los medios de comunicación, que hasta en dos ocasiones la Fiscalía ha ordenado el archivo de Diligencias de investigación abiertas precisamente en averiguación de si hubo delito en la rectificación de errores de la planimetría (Diligencias de 3 de mayo de 2005, y 6 de junio de 2007).

V. COMENTARIO.

Se trata de una sentencia que hemos considerado interesante incluir en la presente edición de *REFLEXIONES*, dado que tratamos de un tema de máxima actualidad informativa. Desde que el tema de la construcción de dicho Hotel se hizo público en un telediario nacional, hasta el momento presente, son muchas las páginas de periódico que se han dedicado al tema, contemplando la problemática tanto específicamente, como globalmente dada la colmatación urbanística de las cotas españolas. Sin duda, su lectura, nos permitirá seguir el pulso de una actualidad periodística, que en el momento presente también lo es jurídica.

SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 2008, DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS POSTALES. CUESTION PREJUDICIAL.

Carmen Carretero Espinosa de los Monteros

Letrada de la Junta de Andalucía

I. INTRODUCCIÓN.

En fecha de 18 de abril de 2008, se dictó por la Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional sentencia estimatoria de recurso contencioso administrativo interpuesto por la Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia contra una Resolución de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación Cultura y Deporte de 20-03-2003, dictada por delegación del Ministro del ramo. En dicha resolución administrativa, se desestimaba la impugnación de la contratación de servicios postales liberalizados, sin concurso público, a través de Convenio suscrito entre el citado Ministerio y la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos SA.

El Tribunal anula dicha resolución, así como el convenio de colaboración suscrito para la prestación de servicios postales y telegráficos que se impugnaba.

Aun cuando se trata de resolución judicial que vuelve a incidir una vez más en la práctica de la contratación administrativa, resulta interesante su comentario en cuanto que en el seno del procedimiento en el que fue dictada, se solicitó por el órgano jurisdiccional español planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, resolviéndose ésta por sentencia de 18 de diciembre de 2007, en asunto C-220/06 (TJCE 2007, 386), tratándose por lo tanto de nueva duda interpretativa resuelta conforme al Derecho Comunitario.

II. RESUMEN DE LA SENTENCIA.

Como señalamos, la sentencia dictada en este caso, resuelve la impugnación realizada por la Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia de convenio de colaboración celebrado entre el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y la citada Sociedad estatal en fecha de 6 de junio de 2002, por entender dicha asociación que con el mismo se estaban vulnerando la normas de contratación pública y los principios comunitarios, señaladamente el de libre competencia, al esconder el citado convenio una contratación pública encubierta de servicios postales liberalizados sin concurso público alguno.

La resolución administrativa desestimatoria negaba tal afirmación, defendiendo que la actuación del Departamento Ministerial estaba avalada legislativamente, en cuanto tratábamos de convenio de colaboración excluido de la normativa de contratación administrativa.

Por lo tanto, la cuestión a resolver que acomete la sentencia es precisamente la de desentrañar si cabía la posibilidad o no de celebrar sin libre concurrencia, Convenios de Colaboración con personas jurídicas sometidas al derecho privado para la satisfacción de un interés público, concretamente con una sociedad anónima pública de capital íntegramente público, que resultó ser en el presente caso la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A., sociedad que es además proveedora del servicio postal universal en el Estado español. La respuesta que da la sentencia es negativa, y ello en base a un fundado análisis de la normativa estatal y comunitaria, y previa la presentación de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia conforme a lo previsto en el art. 234 del Tratado CE, siendo la respuesta a esta cuestión prejudicial la que determina la solución estimatoria adoptada en la sentencia.

IV. DOCTRINA QUE CONTIENE LA SENTENCIA.

Parte la sentencia en primer lugar, de un estudio de la normativa nacional en la materia, analizando de un lado, la regulación en materia de liberalización y regulación de la prestación de los servicios postales, la normativa en materia de contratación administrativa y finalmente la que alumbra la creación de la Sociedad Anónima Estatal Correos y Telégrafos S.A., para justificar finalmente el planteamiento de la cuestión prejudicial, reproduciendo los fundamentos de la sentencia dictada en su resolución y aplicando por último sus conclusiones al caso concreto que ha sido planteado.

1. Así en primer término, recuerda, como tras **la Ley 24/1988 de 13 de julio del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales (Ley Postal) y su Reglamento** aprobado por R.D. 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se regula la prestación de los servicios postales, se liberalizó en España el servicio postal, conforme a lo exigido por la **Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales en la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio**, que fue posteriormente modificada por la Directiva 2002/39/CE de 10 de junio ahondándose así en el camino de la apertura a la competencia de los servicios postales de la Comunidad, en cuanto se reducen los límites que venían fijados como límites máximos de los servicios postales que los Estados miembros pueden reservar al proveedor o proveedores del servicio universal, y todo ello dentro de una gradual y controlada apertura del mercado postal a la competencia.

Concretamente, la exposición de motivos de dicha Ley 24/1988 reconoce expresamente que como nueva Ley postal pretende «garantizar un ámbito liberalizado de actuación de los operadores postales, previéndose el régimen de libre concurrencia respecto de una parte muy importante del sector, en armonía con el art. 38 de la Constitución». Por lo tanto, con dicha Ley, señala la sentencia de la Audiencia Nacional, «se inaugura un nuevo sistema que parte de la progresiva liberalización de los servicios postales que deberán ser prestados en régimen de libre concurrencia,

manteniéndose, sin embargo, como veremos, un conjunto de tales servicios que pueden constituir un ámbito reservado, prestado en régimen de exclusividad, con el fin de permitir el funcionamiento del servicio universal en condiciones de equilibrio financiero, unido a la garantía de un servicio postal universal, integrado por un conjunto mínimo de servicios de calidad especificada que tienen que prestarse a un precio asequible para el usuario». «En líneas generales, -continúa la sentencia-, el nuevo sistema consiste en la prestación del servicio postal en régimen de libre concurrencia (arts. 1 y 6), dando entrada en la prestación del mismo a cualquier operador que obtenga autorización general (art. 9). No obstante, se garantiza el servicio postal universal (art. 1), que se prestará por la Entidad Pública Correos y Telégrafos (Disposición Adicional Primera), y por aquellos operadores que obtengan autorización individual (art. 11)».

Sin embargo, según nos indica la Audiencia Nacional, **el contenido del convenio venía a excederse de lo previsto en el art. 18 de la Ley Postal, en relación a los servicios postales reservados al operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal.** Siendo así, que incluso posteriormente, por obra de la Ley 53/2002, de 30 diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, el mismo se reduce aún más, dado el tenor de la Directiva 2002/39 / CE de 10 de junio de 2002. De otro lado, dicha extralimitación del contenido del convenio discutido era un hecho aceptado por las partes según se nos indica.

En lo que concierne a la normativa reguladora de la contratación administrativa, la norma aplicable al caso era el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. La sentencia centra el debate en el análisis de tres artículos de dicha norma : el artículo 11, que impone a las Administraciones Públicas como principios rectores de su actuación los de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación; y el artículo 206.4 que cataloga como contrato de servicios el “Transporte de correo por vía terrestre y aérea, excepto transporte por ferrocarril.”, y el artículo 3.1 d) en cuanto que determina las exclusiones de la Ley, excluyendo expresamente “d) Los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales”.

La sentencia, a la vista de tales preceptos, considera que no se cumple la condición de la exclusión señalada en el artículo 3.1.d), al tratarse de contrato regulado en la Ley, afirmando que **«ha de concluirse que la contratación de la prestación de servicios postales, comprensivos, en su contenido, de la recogida, la clasificación, el transporte y la distribución de los envíos postales (conforme el art. 2 de la Dir. 97/67/CE), es un objeto contractualmente comprendido en los contratos regulados en la mentada LCAP** toda vez que las Directivas no hacen distinción alguno a la hora de definir los servicios postales en atención al medio de transporte». Se afronta así, con esta pronunciamiento una de las cuestiones principales, en cuanto que frente a la defensa del Estado, la sentencia ya viene a considerar que no estamos ante materia excluida de la LCAP, por tratarse de objeto contractualmente regulado en la Ley.

No obstante, culmina dicho análisis con el estudio de **la Ley 14/2000 de 29 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social**, en cuanto que a juicio del Tribunal, es

precisamente dicha norma la que determina el problema que subyace en la presente causa. La citada Ley 14/2000, de 29 de diciembre es la que acomete, la modernización del operador público postal transformando la hasta entonces entidad pública empresarial “Correos y Telégrafos” (que hasta la aprobación de la Ley Postal, ostentó el monopolio público en este ámbito) en una Sociedad Anónima Estatal, de capital íntegro estatal, en orden a afrontar el proceso de liberalización de los servicios postales. La Sociedad, según disponía el art. 58 Dos de la citada norma, se subrogaba en la condición de operador habilitado para la prestación del servicio postal universal, -hasta entonces atribuida a la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos- y la subrogación comportaba la reserva a la sociedad de los servicios que se establecen en el art. 18 de la Ley Postal y la asignación a la misma de los derechos especiales y exclusivos que se recogen en su art. 19.

Por otra parte, se establecía, y ello lo reseña la sentencia, como de «especial relevancia para el caso que nos ocupa», que «Las Administraciones públicas podrán celebrar convenios de colaboración a los que se refiere el art. 3 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con la «Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima», para la prestación de las actividades propias de su objeto social», de esta forma, continúa la sentencia, «la habilitación legal permitía, por remisión al art. 3 de la LCAP, Real Decreto Legislativo 2/2000, la posibilidad de celebrar convenios de colaboración excluidos del ámbito de aplicación de la misma y, consecuentemente, (...) de los principios de publicidad y concurrencia para la prestación de las actividades propias de su objeto social».

A su vez, si se contempla su objeto social, se comprueba la amplitud del mismo (art. 58.Dos.2), hasta el punto, de que como señala la sentencia, «la posibilidad de celebrar convenios de colaboración no se limitaba a los servicios postales no liberalizados o reservados sino que comprende la gestión y explotación de cualesquiera servicios postales, sin distinguir ni limitarse, por tanto, al servicio postal universal y dentro de este a los reservados», por lo tanto, concluye, «Es un hecho admitido de consuno e incontrovertido que la adjudicación de los servicios postales objeto del convenio de autos, cuyo contenido, como hemos visto, comprendía tanto servicios postales reservados como no reservados, se llevó a cabo sin publicidad y sin permitir la libre concurrencia de otros operadores en el mercado, ya sean nacionales o extranjeros».

2. Analizada así la normativa nacional en relación tanto a la contratación pública, como a la prestación de los servicios postales, se justifica por la Sala, el planteamiento de cuestión prejudicial. Y es que se dice, que «ante la gradual y controlada apertura del mercado postal a la competencia, que determina que los servicios postales son prestados a través de una red, tanto por entidades adjudicadoras y empresas públicas como por otras empresas que intervienen ya sea en el ámbito de servicios postales incluidos en el servicio universal pero no reservados (autorización administrativa singular art. 11 Ley Postal) y/o en el ámbito de los servicios postales no incluidos en el servicio universal (autorización administrativa general art. 9 del la Ley Postal), y al confrontar la normativa española con la normativa comunitaria en materia de contratación pública y con el derecho primario del Tratado CE, se sometió a examen del TJCE una cuestión prejudicial que quedó centrada en **si el Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que permite que las Administraciones públicas,**

actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales -tanto reservados como no reservados- a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado miembro».

Y efectivamente, la cuestión prejudicial, fue resuelta por **sentencia del TJCE de 18 de diciembre de 2007, en asunto C-220/06**, que distingue en sus pronunciamientos dos supuestos básicos: el análisis del caso conforme a la Directiva 97/67/CE distinguiendo si tratamos de servicios reservados o no reservados, y en segundo lugar en el caso de los servicios no reservados, el análisis del supuesto conforme a la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, subdistinguiéndose a su vez según se alcance o no el umbral económico fijado en el art. 7, apartado 1, letra a), segundo guión, inciso ii) de la citada Directiva.

En el primero de los supuestos, **para los servicios postales reservados** a un único proveedor del servicio postal universal, el TJCE llega a la conclusión de que los mismos quedan al margen de la competencia ya que ningún otro operador económico está autorizado a prestarlos (ap.39), por lo que no resultan aplicables las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos (ap 40) y responde a la cuestión declarando que: “1) El Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que permite que las Administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales reservados, con arreglo a la Directiva 97/67 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado miembro.”

En cuanto a los **servicios postales no reservados** señala: “2) La Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en su versión modificada por la Directiva 2001/78/CE de 13 de septiembre de 2001, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que permite que las Administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales no reservados con arreglo a la Directiva 97/67 a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado, siempre que los convenios a los que tal normativa se aplique

-alcancen el umbral pertinente según lo previsto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 92/50 y-constituyan, con arreglo al artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 2001/78, contratos celebrados por escrito y a título oneroso, extremo cuya verificación corresponde al órgano jurisdiccional remitente.

3) Tanto los artículos 43 CE (*LCEnr 1999, 1205 ter*), 49 CE y 86 CE como los principios de igualdad de trato, no discriminación por razón de la nacionalidad y transparencia deben interpretarse en

el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que permite que las Administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales no reservados con arreglo a la Directiva 97/67 a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado, siempre que los convenios a los que tal normativa se aplique -no alcancen el umbral pertinente según lo previsto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 2001/78, y -no constituyan, en realidad, un acto administrativo unilateral que imponga obligaciones exclusivamente a cargo del proveedor del servicio postal universal y que se aparte sensiblemente de las condiciones normales de la oferta comercial de este último, extremo cuya verificación corresponde al órgano jurisdiccional remitente.”

3. Afirmado lo anterior, la sentencia de la Audiencia Nacional, inicia su fundamento jurídico quinto, deteniéndose en el estudio de la figura del Convenio de colaboración administrativo, ya que sobre el análisis de su singularidad, es sobre el que la Administración demandada justifica la elusión de los criterios generales rectores de la contratación pública.

Al respecto nos dice que no existe una definición legal del convenio de colaboración «aunque se considera como una categoría diferente al contrato administrativo propiamente dicho y que supone la existencia de un elemento transaccional que a su vez implica la preexistencia de una relación jurídica, sea de origen voluntario o impuesta por la Ley, con la misma Administración, de suerte que el convenio afecta de alguna forma a la medida y extensión de las obligaciones derivadas de dicha relación jurídica (los convenios urbanísticos, expropiatorios y fiscales serían un buen ejemplo de ello). En todo caso, el concepto de convenio aparece como **figura de negocio jurídico sustraído a las reglas legales aplicables al contrato administrativo, y la jurisprudencia del TS admite la existencia de los convenios de colaboración, o cooperación, para el mejor desarrollo y cumplimiento de una finalidad de carácter público, estipulados entre Entidades de este carácter, e incluso entre Entidades de Derecho Público y sociedades privadas, gestoras de dichos servicios, siempre que ya figuren creadas e integradas en la propia organización de tales Entidades Públicas, de manera que el Ente correspondiente viene a canalizar a través de las organizaciones instrumentales creadas dentro de su misma organización el cumplimiento del interés público que se trata de satisfacer** (Sentencia del TS de 4-7-2003); más cuando se trata de los denominados convenios de colaboración que celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado para la satisfacción de un interés público [caso del artículo 3.1.d) de la LCAP] la doctrina jurisprudencial entiende que han de someterse a los principios de publicidad, competitividad e igualdad de oportunidades que inspiran tales disposiciones y que el artículo 11 de la LCAP consagra de una manera expresa (Sentencias de 17-10-2000, 12-1-2001 y 20-12-2002), siempre que el objeto de los mismos coincida con el de los contratos regulados en dichas Leyes o en normas administrativas de carácter especial, como con respecto a la encomienda de gestión -sea de carácter material o de prestación de servicios- recuerda el artículo 15 de la LRJ-PAC 30/1992». Consecuentemente, no ha de ser la denominación que las partes intervinientes otorguen al negocio objeto de controversia la que determine el régimen jurídico que ha de regularlo, sino la real naturaleza del mismo la que ha de imponer o permitir prescindir de los principios mencionados. Y así ocurre (Sentencias de 12

de marzo y 13 de octubre de 1999) que la inexistencia de contraprestación pecuniaria, dotando de carácter esencialmente gratuito al convenio celebrado, o la concurrencia de supuestos excepcionales previstos en la normativa entonces vigente (Decreto 1005/74, hoy derogado) pueden permitir prescindir de las exigencias impuestas por el artículo 11 aun cuando se trate de conciertos de colaboración celebrados con personas particulares, físicas o jurídicas, que tengan por objeto algunas de las materias recogidas en el artículo 5º de la Ley de Contratos del Estado; pero ello no quiere decir que fuera de tales supuestos excepcionales quepa obviar su cumplimiento mediante la utilización de la fórmula “convenio de colaboración” en lugar de la de contrato administrativo (STS 18-4-2004).

A ello se añade por la sentencia, que el “nomen iuris” que las partes hayan utilizado para calificar la relación negocial no puede nunca determinar la elusión del Derecho comunitario. Enlaza la Audiencia Nacional así con los pronunciamientos de la sentencia de 18 de diciembre de 2007 del TJCE, cuando ésta afirma que **“la definición de un contrato público de servicios es materia del Derecho comunitario, de modo que la calificación del convenio de colaboración en Derecho español no es pertinente para dilucidar si este último está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50”** (ap. 50).

4. Y es que precisamente, el TJCE en la sentencia que resuelve la cuestión prejudicial, afirma la aplicación de la Directiva 92/50, a los supuestos de convenios que analizamos, rebatiendo todos los argumentos ofrecidos por el Estado Español.

En primer lugar rechaza que sea de aplicación la doctrina contenida en la sentencia del caso Asenfo, de 19 de abril de 2007, dado que en este caso no existe exclusividad, puesto que como señala la STJCE “Correos, en cuanto proveedor del servicio postal universal, tiene un cometido totalmente distinto, que implica en particular que su clientela está compuesta por cualquier persona interesada en utilizar el servicio postal universal. El mero hecho de que Correos no disponga de libertad alguna ni en lo que atañe a la aceptación y ejecución de los encargos del Ministerio ni en cuanto a la tarifa aplicable a los servicios que presta no puede tener como consecuencia automática el que no se haya celebrado ningún contrato entre ambas entidades”.(ap.53) y continúa señalando la misma que además “tal situación no es necesariamente diferente de la que existe cuando un cliente privado quiere utilizar los servicios de Correos que forman parte del servicio postal universal, puesto que del propio cometido del proveedor de este servicio se desprende que, en tal supuesto, también está obligado a prestar el servicio solicitado, y ello, en su caso, a tarifas fijas o, de todos modos, a tarifas transparentes y no discriminatorias”, concluyendo el Tribunal Europeo que “no cabe duda alguna de que tal relación debe calificarse de contractual”.

En segundo término, la STJC descarta totalmente la alegación del Estado Español de que en este caso el convenio de colaboración no está sujeto a las normas reguladoras de los contratos públicos por concurrir los criterios “in house” establecidos por la Jurisprudencia de este Tribunal.El TJCE recuerda que “la licitación no es obligatoria, aunque la otra parte contratante sea una persona jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora, cuando se cumplan dos requisitos. Por una parte, la autoridad pública que es entidad adjudicadora debe ejercer sobre la persona distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios

y, por otra parte, dicha persona debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan (véanse las sentencias de 18 de noviembre de 1999, Teckal, C 107/98, Rec. p. I 8121, apartado 50; Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 49; Carbotermo y Consorzio Alisei, antes citada, apartado 33, así como Asemfo, antes citada, apartado 55)”(ap.58), concluyendo que “Sin que resulte necesario analizar con mayor detenimiento la cuestión de si se cumple el primero de los dos requisitos mencionados en el apartado anterior, basta con declarar que en el litigio principal no se cumple el segundo requisito” en cuanto que consta que “Correos, en cuanto proveedor del servicio postal universal en España, no realiza la parte esencial de su actividad con el Ministerio ni con la Administración Pública en general, sino que dicha sociedad presta servicios postales a un número indeterminado de clientes del referido servicio postal.” (ap.59) recordándose más tarde por el Tribunal que “Correos opera en el mercado postal español y que, salvo en lo que atañe a los servicios reservados con arreglo a la Directiva 97/67, compite en dicho mercado con otras empresas postales, cuyo número se eleva a unas 2.000 según las observaciones del Gobierno español”

También rechazaba la STJCE que sea válido el argumento alegado por España, de que el art. 58 de la Ley 14/2000, otorga a Correos el derecho exclusivo a proporcionar a las Administraciones públicas los servicios postales que constituyen su objeto social, pues basta observar, dice la sentencia, “que, en cualquier caso, no se cumple el tercero de los mencionados requisitos, según el cual la disposición que atribuya el derecho exclusivo debe ser compatible con el Tratado” (ap.65), siendo así que “Según resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, **los Estados miembros no pueden ampliar según su voluntad los servicios reservados a los proveedores del servicio postal universal en virtud del artículo 7 de la Directiva 97/67**, ya que tal ampliación sería contraria a la finalidad de dicha Directiva, que, en virtud de su octavo considerando, persigue establecer una liberalización progresiva y controlada en el sector postal (sentencia de 11 de marzo de 2004, Asempe y Asociación Nacional de Empresas de Externalización y Gestión de Envíos y Pequeña Paquetería, C 240/02, Rec. p. I 2461, apartado 24).” (ap. 67), lo que es aplicable según la sentencia, tanto en lo que se refiere a la reserva horizontal, es decir, para la reserva de un determinado servicio postal en cuanto tal, como a la reserva vertical en la prestación exclusiva de servicios postales a determinados clientes, para garantizar el efecto útil de la Directiva.

A estos argumentos de la STJCE, la Audiencia Nacional añade otros, contenidos en las SSTS de 11 de marzo y 4 de junio de 2004, afirmando que «una premisa básica para afrontar la cuestión, que viene constituida por el hecho, de que normativa y jurisprudencialmente, se ha asentado que los servicios postales que pueden reservarse en el marco de las Directivas Comunitarias constituyen el marco máximo en el que debe moverse el legislador nacional y así el TJCE en su sentencia de 11 de marzo de 2004 (ASEMPE, asunto C-240/02), resolviendo una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español, y analizando la figura de la autoprestación, ha señalado que los Estados miembros no tienen libertad para imponer requisitos adicionales a servicios postales consiguiendo con ello ampliar el catálogo de los servicios reservados a los proveedores del servicio universal del art. 7 de la Directiva. Con base a ello –continúa la sentencia de la Audiencia nacional que analizamos–, nuestro TS, en sentencia de 8 de junio de 2004, anulaba varios artículos del RD 1829/1999, de 3 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Postal. También se hace eco en este punto el Tribunal español, de la sentencia de 15 de noviembre de

2007, dictada por el TJCE en el asunto C-162/06, en cuanto en la misma, se recalca la importancia del mantenimiento del equilibrio financiero del prestador del servicio postal universal como uno de los criterios esenciales que deben ser tenidos en cuenta por el Parlamento y el Consejo en su decisión ulterior relativa a una mayor liberalización gradual y controlada del mercado postal».

5. Pero es que además, la STJCE que resuelve la cuestión prejudicial, no sólo afirma la aplicación de la Directiva 92/50, a los supuestos de convenios que analizamos, sino que además, viene a fijar que las exigencias en materia de adjudicación de contratos públicos vienen impuestas no solo por las Directivas, derecho derivado, sino por el derecho primario, por el Tratado : artículos 43, 49 y 86 de la CE y en los principios de libertad de establecimiento, de libre prestación de servicios, de igualdad de trato, de no discriminación por razón de la nacionalidad y de transparencia.

En este sentido, y así se recoge en la sentencia de la Audiencia Nacional, el TJCE, al centrar la cuestión en el ámbito de la CE, vuelve a repetir argumentos ya expuestos en cuanto a los derechos exclusivos y de situación “in house” que defendía el Gobierno español y, en el ámbito de los servicios postales no reservados señalando que “En principio, la falta total de licitación en la adjudicación de un contrato público de servicios como el que es objeto del caso de autos no responde a los requisitos de los artículos 43 CE y 49 CE ni a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia”. discriminación y transparencia (véanse, por analogía, las sentencias Parking Brixen, apartado 52, y ANAV, apartado 23, antes citadas)”, y sin que la invocación del artículo 86 CE, apartado 2, pueda “servir de fundamento para justificar el derecho exclusivo.

6. Tras dicho riguroso análisis del contenido de la STJCE de 18 de diciembre de 2007, la sentencia de la Audiencia Nacional desciende al estudio del caso que le ocupa, al que aplica la doctrina transcrita.

Y tras el análisis de los diversos puntos que hemos desarrollado, considera que en el caso del presente convenio, e independientemente de cual sea la cuantía, en relación con el umbral previsto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 92/50, «lo que es evidente es que la figura comercial que nos ocupa determina un contenido prestacional oneroso y bilateral, y que no resulta de tal contenido un total desequilibrio obligacional para la Sociedad Anónima Estatal de tal manera que los servicios postales que se obliga a prestar a favor del Ministerio contratante lo sean en condiciones que se aparten significativamente de las condiciones -económicas y de otra índole- de sus ofertas comerciales normales».

Así, comprueba que la cláusula sexta del citado convenio permite a ambas partes, y no solo a la Administración, una resolución anticipada del convenio, mediante comunicación escrita con una antelación de un mes; afirma que del expediente no resulta que las tarifas fijadas en el convenio de autos respondan a una imposición unilateral de una de las partes contratantes, en concreto de la Administración, ni que respondan a unas condiciones absurdas y totalmente apartadas de las normales en el mercado; comprueba que Correos y Telégrafos, S. A. no tiene como cliente único y exclusivo a la Administración Pública, ya que ofrece y presta todos los servicios postales, reservados y no reservados y por ello liberalizados, a cualquiera que lo demande

y por ello a un número indeterminado de potenciales clientes, siendo así que incluso, ni siquiera realiza su parte esencial de actividad con la Administración Pública en general (requisito fundamental en contratos in house).

Por todo ello, estima la demanda anulando el convenio recurrido ya que «solo es posible la celebración de “convenios de colaboración” como el que nos ocupa, cuando su objeto quede totalmente limitado a la prestación de servicios postales reservados en exclusiva a la sociedad estatal Correos y Telégrafos SA., en su condición de proveedor del servicio postal universal en España, pues para cualesquiera otros servicios postales habrá de acudir a la contratación administrativa con sujeción a publicidad y posibilitando la libre concurrencia de otros terceros operadores, dentro de este ámbito, en el mercado».

V.- COMENTARIO.

Una vez más los Tribunales sancionan como incorrectas las prácticas de la Administraciones Públicas en materia de contratación administrativa. En este sentido, la valoración que nos merece la sentencia es positiva, máxime, en cuanto su fundamentación es sólida, basada en la respuesta otorgada por el Tribunal de Justicia Europeo a la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal.

En la actualidad en lo que concierne al concreto sector de los servicios postales conviene tener presente que la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, que junto con la Directiva 92/13/CEE del Consejo de 25 de Febrero de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de adjudicación de contratos de las entidades que operan en dichos sectores, ha sido recientemente incorporada al ordenamiento jurídico español por la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (BOE 31 de octubre).

Contratación del Sector Público (4ª parte): Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos¹

Julio César García Sánchez

Abogado

SUMARIO: 6. Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, con especial referencia al contrato de obras. 6.1. Efectos de los contratos. 6.2 Ejecución del contrato. 6.3. Extinción de los contratos. 6.4. Cesión del contrato y subcontrato. 6.5. Prerrogativas de la Administración. 6.6. Normas especiales para contratos de obras, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministros, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado 6.7. El contrato de obras. 6.7.1. Comprobación del replanteo.- 6.7.1.1. Plazo para su realización y asistencia al acto. 6.7.1.2. Comprobaciones a efectuar. 6.7.1.2.1. De tipo técnico. 6.7.1.2.2. De tipo Administrativo. 6.7.2. El programa de trabajo. 6.7.2.1. Aprobación del programa.. 6.7.2.2. Carácter contractual. 6.7.2.3. Alcance y contenido. 6.7.3. Certificaciones de obra.. 6.7.3.1, Carácter de pagos a buena cuenta de las certificaciones mensuales. 6.7.3.2. Límite de crédito asignado a cada año. 6.7.3.3. Clases de certificaciones y conceptos integrantes de las mismas. 6.7.3.3.1. Mensuales u ordinarias. 6.7.3.3.2. Anticipadas. 6.7.3.3.3. Final. 6.7.4. La revisión de los precios. 6.7.4.1 Introducción. 6.7.4.2. Conceptos. 6.7.4.3. Requisitos. 6.7.4. 4. Índices de precios o índices de revisión. 6.7.4. 5. Método de abono de revisión de precios. 6.7.4.5.1 Momento inicial. 6.7.4.5.2. Liquidación de la revisión. 6.7.5. Modificación del contrato. 6.7.5.1. Introducción. 6.7.5.2. Modificaciones en el contrato de obras. 6.7.6. Cumplimiento del contrato de obras. 6.7.6.1. La Recepción de la obra. 6.7.6.2. Sujetos que intervienen. 6.7.6.3. Período de garantía. 6.7.6.4. Medición General y certificación final de las obras. 6.7.7. Resolución del contrato de obras. 6.7.7.1. Supuestos. 6.7.7.2. Efectos de la resolución. 6.7.8. Otras incidencias de las obras. 6.7.9. Liquidación del contrato.

6. EFECTOS, CUMPLIMIENTO Y EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

6.1. Efectos de los contratos

Como consideración previa hay que dejar constancia de que la ejecución de los contratos de que nos habla el libro IV de la LCSP se refiere únicamente a los denominados contratos administrativos, y por tanto dentro de lo que prevé el ámbito subjetivo de aplicación dado que el resto del sector público aplicará en la ejecución el derecho privado.

Por otra parte tener en cuenta que precisamente en lo relativo a la ejecución de los contratos es donde la nueva ley ha realizado menores modificaciones.

¹ Este artículo da continuidad al publicado en Reflexiones n.º 7.III/2008, conservando la numeración correlativa de aquél en sus subtítulos y apartados.

Los efectos al igual que la extinción de los contratos administrativos se regirán por la Ley de contratos del sector público, sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado, sin perjuicio de que a los contratos administrativos especiales les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales y Particulares.(Art. 192 LCSP) los términos del contrato (Art. 193 LCSP) y finaliza o bien con la resolución del contrato antes de su total ejecución (Art. 206 LCSP) o bien por conclusión o bien por cumplimiento del mismo(Art. 205 LCSP).

La nueva ley, nos divide los efectos del contrato en dos bloque, una parte general art. 192 al 211, y otra específica para cada uno de los contratos típicos del 211 al 290 de la LCSP.

6.2. Ejecución del contrato

Iniciada la ejecución del contrato, que habrá que estar a la regulación específica de cada uno, si es cierto que la ley recoge determinadas cuestiones que con carácter general le son de aplicación a todos, como son los siguientes casos:

Ejecución defectuosa y demora

Permite la ley que se incluyan en los pliego o en documento contractual, la penalidad, que no podrán superar el 10% del presupuesto del contrato (art. 196.1 LCSP), en el caso de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales del contrato.

Por otra parte en cuanto a la penalidad por el incumplimiento del plazo se podrá imponer una penalidad diaria de 0,20 euros por cada 1000 del precio del contrato (art.196.4 LCSP), sin perjuicio de que el en P.C.A.P se puedan incluir otras distintas teniendo en cuenta las características del contrato. No sólo en el plazo total, sino también en los plazos parciales previstos como tales en el P.C.A.P (art. 196.5 LCSP).

Cada vez que se llegue al 5% del precio del contrato, la administración podrá optar entre continuar con la imposición de nuevas penalidades o resolver el contrato.

La efectividad de la sanción se podrá hacer efectiva, bien mediante deducción de las cantidades pendiente de cobro del contratista, o si ello no fuere posible ejecutando la garantía.

En el caso de que la administración optase por la resolución en el incumplimiento del plazo, se acordará sin más trámites preceptivos que la audiencia del contratista, salvo que en caso de oposición del contratista será preceptivo el dictamen del

Consejo de Estado (o Consejo Consultivo en las CCAA), que se regula igual que en la ley anterior.

Si el retraso no fuere imputable al contratista, y ofreciere cumplir sus compromisos, la Administración le concederá un plazo igual al perdido, salvo que pida otro menor. En cuanto a la indemnización por daños y perjuicios a terceros, siendo el contratista el responsable, salvo cuando sea una orden directa de la administración, o por vicios en el proyecto elaborado por ella misma. (Art. 198 LCSP).

Regula el mismo precepto la posibilidad de que los terceros perjudicados puedan solicitar del órgano de contratación que determine el culpable, dentro del plazo de un año, desde que se produjeron los hechos.

En cuanto al pago del precio de los contratos, se incluye la determinación de la obligación dentro de los sesenta días siguiente a la expedición de las certificaciones de obras, o de los correspondientes documentos que acrediten la realización parcial o total del contrato, siéndole de aplicación en el caso de retraso en el pago lo previsto en la ley 3/2004, de 29 de diciembre de morosidad, que fija el tipo de interés en el del Banco Central Europeo más 7 puntos, fijándose semestralmente y publicándose en el BOE su importe.

En cuanto al posible embargo de las certificaciones se mantiene que sólo podrán ser embargados para los salarios devengados en el propio contrato, las cuotas sociales, y los pagos a subcontratistas y suministradores del propio contrato (art. 200.7 LCSP)

Se mantiene la posibilidad de cesión de los derechos de cobro a terceros, que tendrá eficacia desde la notificación fehaciente a la Administración (art. 201 LCSP).

En cuanto a la modificación de los contratos, se restringe con respecto a la normativa anterior, dado que sólo se podrán introducir modificaciones en el mismo, por razones de interés público y para atender causas imprevistas, sin que puedan afectar a las condiciones esenciales de los contratos, sin que se admita necesidades nuevas como en la ley anterior (art. 202 LCSP).

6.3. Extinción de los contratos

Los contratos se extinguen por cumplimiento o por resolución. (Art., 204 LCSP).

En cuanto al cumplimiento:

Una vez concluido el contrato se procede a la recepción mediante un acto formal y positivo de recepción o conformidad del mismo dentro del mes siguiente a la entrega o realización del contrato (Art. 205 LCSP), formulándose la correspondiente

liquidación salvo en el contrato de obras (Art. Art. 205.4 LCSP), que se inicia el plazo de garantía, que tiene un tratamiento deferente.

Si la liquidación es con saldo a favor del contratista se procederá al abono de dicha cantidad, y si fuere favorable a la Administración, se requerirá al contratista para el reintegro de la misma.

Posteriormente se procede a la devolución de la garantía definitiva.

En cuanto a la resolución del contrato, hay que tener en cuenta las causas generales, más las específicas para cada uno de los contratos.

Nos regula el Art. 206, las causas generales.

Son causas de resolución del contrato:

- a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, salvo que la Administración acuerde continuarla con los herederos o sucesores.
- b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento, esta segunda implicará siempre la resolución y en la primera, la apertura de la fase de la liquidación.
- c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista, que sólo será posible cuando no haya causa imputable al contratista.
- d) La no formalización del contrato en plazo.
- e) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, y del inicio el incumplimiento del plazo señalado en la letra d) del apartado 2 del artículo 96(supuesto declarado de urgencia).
- f) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior 8 meses.
- g) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.
- h) Las establecidas expresamente en el contrato.
- i) Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en la Ley.

6.4. Cesión del contrato y subcontrato

En cuanto a la cesión de los contratos y subcontratos, poco se ha cambiado con la nueva ley, con lo que se ha perdido la oportunidad de regular y resolver problemas que relativos a los subcontratistas se mantienen.

Conforme a lo previsto en el artículo 209 LCSP., es admisible la cesión de los contratos, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

- a) Que la Administración autorice expresamente y con carácter previo la cesión.
- b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20% del presupuesto total del con-

trato o en caso de explotación al menos durante el plazo de un quinto del total del tiempo si fuere gestión de servicios públicos.

- c) Que se formalice la cesión en escritura pública.
- d) Que las condiciones personales no hayan sido determinantes de la adjudicación.
- e) Que el cesionario tenga la capacidad necesaria para contratar, y reúna los requisitos de solvencia o que esté debidamente clasificado, en su caso.

El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del cedente (Art. 209.3 LCSP).

En cuanto a la subcontratación, igualmente es posible la celebración de subcontratos, por parte del adjudicatario con terceros para la realización para la realización de parte de las prestaciones convenidas (Art. 210 y 211 LCSP), con los siguientes requisitos:

Cuando así se establezca en el Pliego, el licitador deberá indicar en la oferta la parte del contrato que tenga previsto subcontratar, señalando su importe y el nombre o perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se les vaya a encomendar su realización. (Los subcontratos que no se ajusten a lo indicado en la oferta no podrán celebrarse hasta que transcurran 20 días desde la comunicación de sus circunstancias, y siempre que la Administración no hubiese notificación dentro de este plazo su oposición).

Las prestaciones parciales que el adjudicatario contrate con tercero no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego. En el supuesto de que no figure en el pliego el límite, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 por 100 del importe de la adjudicación (50 %. Art. 115 TR). Para el cómputo no se tendrán en cuenta las empresas vinculadas al contratista principal.

El contratista debe obligarse a abonar a los subcontratistas y suministradores el pago del precio pactado con unos y otros en plazos y condiciones que no sean más desfavorables que los establecidos para las relaciones entre la Administración y el contratista.

Los plazos serán determinados desde la fecha de aprobación por el contratista principal de la factura emitida por el subcontratista o suministrador, con indicación de su fecha y del período a que corresponda.

La aprobación o conformidad deberá otorgarse en un plazo máximo de 30 días, desde la presentación de la factura.

El pago deberá efectuarse de conformidad con el artículo 4 de la Ley sobre la morosidad por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad. En caso de demora el subcontratista tendrá derecho al cobro de los intereses de demora y a la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la citada Ley.

El contratista podrá pactar con los suministradores y subcontratistas plazos de pago superiores a los establecidos en el presente artículo siempre que dicho pacto no constituya una cláusula abusiva de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, y que el pago se instrumente mediante un documento negociable que lleve aparejada la acción cambiaria, cuyos gastos de descuento o negociación corran en su integridad de cuenta del contratista. Adicionalmente, el suministrador o subcontratista podrá exigir que el pago se garantice mediante aval.

Pero en relación a los subcontratistas también hay que tener en cuenta lo establecido por la ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

Recordemos que la disposición adicional segunda de esta Ley incluye dentro de su ámbito de aplicación a las obras reguladas en La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por lo que, al ser la ley sucesora, habremos de entender que igualmente le son de aplicación

Tanto el contratista como el subcontratista deberán reunir los siguientes:

- a) Poseer una organización productiva propia, contar con los medios materiales y personales necesarios, y utilizarlos para el desarrollo de la actividad contratada y recursos humanos, en su nivel directivo y productivo, con formación en prevención de riesgos laborales.
- b) Asumir los riesgos, obligaciones y responsabilidades propios de la actividad empresarial.
- c) Ejercer directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por sus trabajadores.
- d) Estar inscrita en el Registro de Empresas Acreditadas.
- e) Contar con trabajadores con contratos indefinidos no inferior a 10 % durante los 18 primeros meses de vigencia de esa Ley (entró en vigor el 19 de abril de 2007) hasta el 19 de octubre de 2008, 20% desde el 19 de octubre de 2008 hasta 19 de abril de 2010, y 30 % a partir del 19 de abril de 2010.

En cada obra el contratista deberá disponer de un Libro de Subcontratación (hasta que no se habilite el mencionado libro deberá cumplimentarse la ficha que figura como Anexo a la Ley. Disposición transitoria segunda).

El subcontratista sólo responderá ante el contratista principal, que es quien asume sus responsabilidades respecto a la Administración.

6.5. Prerrogativas de la Administración

El órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones

de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta (Art. 194 LCSP), dando audiencia al contratista del expediente que se realice al efecto. (Art. 195.1 LCSP).

Los acuerdos de la Administración ponen fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos. (Art. 195.4 LCSP).

Para la adopción de los referidos acuerdos que se realicen deberán ser adoptados previo informe de la Asesoría Jurídica preceptiva, excepto en los supuestos de resolución del contrato por no constitución de las garantías que procedan o por demora en la ejecución de los contratos.

No obstante serán obligatorio el informe del Consejo Consultivo o del Consejo del Estado, cuando se refieren a:

- a) Interpretación, nulidad y resolución cuando se formule oposición por parte del contratista.
- b) Modificaciones por cuantía superior al 20%, al presupuesto primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros, que en Andalucía, a pesar de haber quedado totalmente obsoleta, se fija, según el Art. 45 del Reglamento y Art. 16 de la Ley de creación del Órgano Consultivo, se reduce a 600.000 euros (100.000.000 millones de pesetas). De todas formas dicha norma se ve afectada por el carácter básico del Art. 195.3, que lo desarrolla, y que no ha quedado exceptuado según la disposición final séptima apartado 2.

Contra los acuerdos que pongan fin a la vía administrativa procederá el recurso contencioso administrativo (Art.195.4 LCSP), desapareciendo para éste tipo de contrato el anterior supuesto especial de sometimiento al arbitraje del Art. 61.2 L.C.A.P.

6.6. Normas especiales para contratos de obras, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministros, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado

Dentro de los contratos administrativos, los denominados contratos típicos de la administración, se regulan los contratos de obras, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministros, servicios (desapareciendo la triple definición de consultoría, asistencia y de los servicios) y la novedad del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Un primer repaso general, nos indica que la ley en todo lo relativo a la ejecución de estos contratos no ha supuesto grandes novedades, incluso en este nuevo contrato.

En cuanto al contrato de obras, como veremos más adelante, pequeñas modificaciones durante la ejecución, por destacar, los supuestos de modificaciones del contrato,

la ampliación de los contratos complementarios, la triple figura proyecto, anteproyecto y proyecto parcial, se amplía con los denominados proyectos independientes, el plazo para la certificación final, etc.

En cuanto al contrato de concesión de obras públicas, aún cuando regula de manera similar lo previsto en la ley anterior, llama la atención de que mantiene vigente determinados preceptos de ésta, relativos a la financiación privada, pendiente de una regulación posterior, utilizando una técnica legislativa dudosa.

El Art. 223 nos regula las modalidades de ejecución de las obras, la posibilidad de ejecutar parte por la Administración, la modulación del riesgo y ventura del concesionario (Art. 225), la comprobación de las obras (Art. 227), los derechos y obligaciones del concesionario ((Art. 228 al 231 LCSP), las prerrogativas y derechos de la administración (232 al 235 LCSP), el régimen económico financiero de la concesión (Art. 236 al 241 LCSP), y la extinción (Art. 242 al 250 LCSP) que no difiere de la regulación actual.

En cuanto al Contrato de gestión de servicios públicos, tampoco cambios importantes a destacar, regula el ámbito del contrato (Artículo 251 LCSP), como que la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

El contrato expresará con claridad el ámbito de la gestión, tanto en el orden funcional, como en el territorial.

Régimen jurídico (Artículo 252).

Los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos de gestión de servicios públicos se regularán por la Ley, excluidos los artículos 196, apartados 2 a 7, ambos inclusive (constitución en mora tanto respecto del plazo total como del parcial, opción cuando las penalidades alcancen el 5%), 197 (resolución por demora y prórroga de los contratos), 203 (suspensión de los contratos) y 205 (cumplimiento y recepción), y por las disposiciones especiales del respectivo servicio, en cuanto no se opongan a ella.

Se mantienen las Modalidades de la contratación (Artículo 253 LCSP).

- a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.
- b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.
- c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

En cuanto al Contrato de Suministro, tampoco grandes cambios en cuanto a la regulación de la ejecución, así el arrendamiento regulado en el artículo 266 es similar al de la ley anterior.

En el contrato de arrendamiento, el arrendador o empresario asumirá durante el plazo de vigencia del contrato la obligación del mantenimiento del objeto del mismo. Las cantidades que, en su caso, deba satisfacer la Administración en concepto de canon de mantenimiento se fijarán separadamente de las constitutivas del precio del arriendo.

En el contrato de arrendamiento no se admitirá la prórroga tácita y la prórroga expresa no podrá extenderse a un período superior a la mitad del contrato inmediatamente anterior.

Entrega y recepción regulado en el artículo 268 igual que en la ley anterior.

Se sigue admitiendo el pago de parte en metálico y parte en otros bienes (Artículo 270 LCSP) sin que, en ningún caso, el importe de éstos pueda superar el 50 por 100 del precio total.

Igual que lo relativo a la ejecución y las causas de resolución (Artículo 275 LCSP). En cuanto al Contratos de servicios, desaparece la denominación de contrato de consultoría, asistencia y de servicios, pero el contenido u límites del mismo no ha cambiado, tal como lo regula el Artículo 277 de la LCSP.

No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

Los contratos de servicios que celebre el Ministerio de Defensa con empresas extranjeras y que deban ser ejecutados fuera del territorio nacional, se regirán por la presente Ley, sin perjuicio de lo que se convenga entre las partes de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional.

Salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de éste a la Administración contratante. En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público.

A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante.

En cuanto a la determinación del precio se sigue el mismo sistema anterior (Artículo 278 LCSP). En el pliego de cláusulas administrativas se establecerá el sistema de determinación del precio de los contratos de servicios, que podrá estar referido a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo, o fijarse en un tanto alzado cuando no sea posible o conveniente su descomposición, o resultar de la aplicación de honorarios por tarifas o de una combinación de varias de estas modalidades.

En cuanto a la duración el artículo 279 fija el plazo de vigencia superior a cuatro años con las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias de las Administraciones Públicas, si bien podrá preverse en el mismo contrato su prórroga por mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización de aquél, siempre que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, no exceda de seis años, y que las prórrogas no superen, aislada o conjuntamente, el plazo fijado originariamente.

La celebración de contratos de servicios de duración superior a la señalada podrá ser autorizada excepcionalmente por el Consejo de Ministros o por el órgano autonómico competente de forma singular, para contratos determinados, o de forma genérica, para ciertas categorías.

No obstante los contratos regulados que sean complementarios de contratos de obras o de suministro podrán tener un plazo superior de vigencia que, en ningún caso, excederá del plazo de duración del contrato principal, salvo en los contratos que comprenden trabajos relacionados con la liquidación del contrato principal, cuyo plazo final excederá al del mismo en el tiempo necesario para realizarlos. La iniciación del contrato complementario a que se refiere este apartado quedará en suspenso, salvo causa justificada derivada de su objeto y contenido, hasta que comience la ejecución del correspondiente contrato de obras.

Solamente tendrán el concepto de contratos complementarios aquellos cuyo objeto se considere necesario para la correcta realización de la prestación o prestaciones objeto del contrato principal.

Los contratos para la defensa jurídica y judicial de la Administración tendrán la duración precisa para atender adecuadamente sus necesidades.

En los contratos que tengan por objeto la prestación de actividades docentes en centros del sector público desarrolladas en forma de cursos de formación o perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración o cuando se trate de seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo similar de actividad, siempre que dichas actividades sean realizadas por personas físicas,

las disposiciones de esta Ley no serán de aplicación a la preparación y adjudicación del contrato. (Art. 280 LCSP) bastando para acreditar la existencia de estos contratos la designación o nombramiento por autoridad competente.

El contratista será responsable de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle y de las prestaciones y servicios realizados, así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas en la ejecución del contrato.

6.7. El contrato de obras. Ejecución del contrato de Obras

En cuanto a la ejecución del contrato de obras, ya se había producido una importante reducción de preceptos con respecto a la normativa anterior, al igual que se habían incluido preceptos que hasta ahora estaban en el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales de Obras, sin embargo en cuanto a la ejecución se mantiene en similares supuestos en la LCSP salvo pequeñas modificaciones.

6.7.1. Comprobación o

La ejecución del contrato de obras comenzará con el acta de comprobación del replanteo, de la que ya hablamos con anterioridad regulados en el 192 y 212 LCSP, y Art. 139 y siguientes RGCAP.

Las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste diere al contratista el director facultativo de las obras. Cuando dichas instrucciones fueren de carácter verbal deberán ser ratificadas por escrito en el más breve plazo posible, para que sean vinculantes para las partes. Durante el desarrollo de las obras y hasta que se cumpla el plazo de garantía, el contratista es responsable de los defectos que en la construcción puedan advertirse. (Art. 213 LCSP).

Es preciso destacar la importancia que tiene el acto de la comprobación del replanteo para evitar, en la medida de lo posible que se produzcan durante la ejecución de la obra, incidencias económico contractuales que entorpezcan el cumplimiento del contrato.

La causa de la suspensión de muchas obras y de la resolución de bastantes contratos se encuentra en no haber hecho frente a los problemas que se suscitan en el momento de la comprobación del replanteo.

El acta de comprobación del replanteo se entenderá como integrante del contrato a los efectos de su exigibilidad (Art. 140.4 RGCAP) lo que pone de manifiesto la trascendencia de dicho acto. De modo, que de no formular, en el mismo, reparo alguno

el contratista, no podrá durante la ejecución de la obra reclamar aspectos que debieron advertirse en aquel momento.

Tiene por objeto comprobar, después de adjudicada la obra, que son ciertos los términos del replanteo previo del proyecto efectuado por la Administración antes de la licitación. Es decir, se trata de verificar de nuevo, pero ésta vez en presencia del contratista, como parte interesada, la viabilidad del proyecto, la realidad geométrica de los terrenos, o edificio, si es obra de reforma, y la disponibilidad de los mismos. Todo ello, para evitar surjan problemas una vez iniciada la obra que obstaculicen su ejecución.

6.7.1.1. Plazo para su realización y asistencia al acto

Según establece el artículo 212 LCSP, el acto de comprobación del replanteo tendrá lugar dentro del plazo que se consigne en el contrato y que no podrá ser superior a un mes desde la fecha de su formalización, salvo casos excepcionales justificados. Cuando el expediente tenga la consideración de urgente no habrá de someterse a éste plazo, sino que podrá efectuarse una vez adjudicada definitivamente la obra, y constituida la garantía definitiva.

La comprobación del replanteo la efectúa el Servicio de la Administración encargado de las obras, en presencia del contratista o su Delegado, asistiendo también la Dirección Facultativa. Corresponde a la Administración citar a las partes intervinientes en dicho acto.

Si el contratista no acudiere al acto, sin causa justificada, su ausencia se considerará como incumplimiento del contrato, con las consecuencias que de ello pueden derivarse, según lo previsto en la ley de contratos (Art. 139.1 RGCAP). Teniendo que aceptar, en tal caso, los resultados de la comprobación que reflejen la Administración y el Director de la obra.

Si por culpa o negligencia de la Administración se demorase la comprobación del replanteo, y diese lugar a la resolución del contrato, el contratista tendrá derecho a que la Administración le indemnice con un 2% del precio de adjudicación quedando con ello resuelto el contrato sin otras consecuencias económicas, salvo la devolución de la garantía al contratista. (Art. 222.2 LCSP).

6.7.1.2. Comprobaciones a efectuar

6.7.1.2.1. De tipo técnico.

En la comprobación del replanteo se efectúan una serie de verificaciones que se pueden clasificar en dos grupos diferenciados según que los aspectos a comprobar sean de tipo técnico o administrativo.

Entre las comprobaciones de tipo técnico se pueden distinguir a su vez:

- Relativas al terreno o al bien inmueble ya existente, si se trata de una obra de reforma, tales como:
 - Configuración geométrica, linderos, dimensiones, formas y topografía. Para lo que a veces, será preciso ejecutar trabajos de planimetría y altimetría.
 - Naturaleza geológica y características geotécnicas aparentes del terreno, estado real de las construcciones, en el caso de obras de reformas, etc.
- Servidumbres aparentes que pudieran ser impedimento para la ejecución de la obra, como: tendidos o redes, servidumbre de paso o de luces, terrenos o edificios ocupados, escombros, etc.
- Relativos al proyecto. Todos los extremos que pudieran afectar a la implantación o ejecución de la obra y en especial a su adecuación con la realidad física del solar o construcción, según se trate, tales como, errores, imprevisiones y omisiones.

6.7.1.2.2. De tipo Administrativo.

Entre los aspectos administrativos que habrán de comprobarse se encuentran:

- La posesión y disponibilidad de los terrenos o del bien inmueble, según se trate de obra de primer establecimiento o de reforma o gran reparación.
- La licencia municipal de obras.
- Permisos necesarios de otros organismos.
- Aprobación del Plan de Seguridad Y Salud, caso de ser exigible.
- Autorizaciones especiales que fueren precisas sobre empleo de explosivos, o de determinados materiales o equipos, en su caso.
- Las expropiaciones de terrenos que, en su contemplasen el proyecto o los P.C.A.P.

Cuando el resultado del acto se demuestre la posesión y disposición real de los terrenos o bien inmueble, en su caso, su idoneidad y la viabilidad del proyecto a juicio del Director Facultativo de las obras, y sin reserva alguna por parte del contratista, se dará por aquella autorización para iniciarlas, haciéndose constar éste extremo en el acta. Quedando notificado el contratista al suscribir la misma y empezándose a contar el plazo de ejecución de las obras desde el día siguiente al de la firma del acta. (Art. 139.2 RGCAP).

En el supuesto del replanteo negativa, cuando no se den las circunstancias referidas en el apartado anterior, o cuando el Director facultativo entienda necesaria la modificación de las obras proyectadas, o el contratista haga presente reservas, se hará constar en el acta que queda suspendida la iniciación de las obras hasta que, por el órgano que celebró el contrato, se dicte la resolución que estime oportuna, y salvo el caso en que resulten infundadas las reservas del contratista, quedará suspendida la iniciación de las obras desde el día siguiente al de la firma del acta.

Se pueden distinguir los siguientes tipos de suspensión del inicio:

- Suspensión definitiva del inicio.

El contratista tendrá derecho a la resolución del contrato y a percibir la correspondiente indemnización.

- Suspensión del inicio por tiempo superior a seis meses.

Procede igual que en el supuesto anterior, también para que ello obligue a la Administración, tendrá que hacer uso el contratista de tal derecho dentro del mes siguiente a la expiración del plazo referido de seis meses.

En éste caso de suspensión, también puede optar el contratista por ejecutar la obra, si han desaparecido las causas que impidieron su inicio (Art. 139.4 RGCAP)

- Suspensión del inicio por tiempo inferior a seis meses.

El contratista tendrá que iniciar la obra una vez superadas las causas que motivaron la suspensión, previo acuerdo autorizando el comienzo mediante acto formal, debidamente notificado al mismo.

En este caso, el contratista no tendrá derecho a indemnización alguna, contándose el cómputo del plazo de ejecución desde el día siguiente al de la notificación.

6.7. . *̄* o m o

El contratista está obligado a presentar un programa de trabajo en el plazo de 30 días (antes era un mes), salvo causa justificada, desde la formalización del contrato (antes notificación de la autorización para iniciar las obras), cuando se establezca expresamente en el P.C.A.P. debiendo figurar ésta cláusula siempre que la total ejecución de la obra esté prevista en más de una anualidad. (Art. 144.1 RGCAP).

El Director de la obra podrá acordar el no dar curso a las certificaciones de obra hasta que el contratista haya presentado en debida forma el programa de trabajo, cuando sea obligatorio, sin derecho a intereses de demora, en su caso, por retraso en el pago de dichas certificaciones.(Art. 144 RGCAP).

6.7.2.1. Aprobación del programa

El órgano de contratación resolverá sobre la aprobación del programa de trabajo dentro de los 15 días (antes treinta días) siguientes a su presentación. Pudiendo la resolución, imponer al programa presentado la introducción de modificaciones o el

cumplimiento de determinadas prescripciones, siempre que no contravengan las cláusulas del contrato.

6.7.2.2. Carácter contractual

Desaparece el correspondiente al artículo 129 del R.G.C.E. según el cual los plazos parciales que puedan fijarse al aprobar el programa de trabajo, se entenderían como integrantes del contrato a los efectos de su exigibilidad. Sin perjuicio de que sigan siendo parte de las obligaciones del contratista y por tanto, desde ese momento serán los que rijan durante el curso de la obra y habrán de tenerse presente en cuanto se refiere a su cumplimiento por parte de la contrata y a las circunstancias que de ello se deriva.

6.7.2.3. Alcance y contenido

El programa de trabajos es el documento que planifica la ejecución de las obras conforme a los plazos parciales y totales establecidos en el P.C.A.P. y a las anualidades presupuestarias. Consta fundamentalmente de los siguientes documentos:

– Planning o Diagrama de Barras:

Refleja gráficamente, mediante barras horizontales, los plazos de ejecución de las distintas partes de la obra, fases, capítulos y actividades según se hayan determinado en el P.C.A.P.

Contendrá igualmente los importes mensuales y al origen de la obra prevista ejecutar.

Se acompañarán gráficos de las distintas actividades o trabajos a efectuar incluyendo las actividades preparatorias a la ejecución de la obra.

– Memoria justificativa.

Especificación de los medios que la empresa se dispone a asignar a la obra, que no podrán ser inferiores a los que se comprometió en la documentación aportada en la licitación y descripción de la organización prevista para realizar la obra, de los que se puedan justificar la viabilidad y el cumplimiento del programa de trabajos.

6.7. . C o o

La principal obligación que contrae la Administración con el contratista adjudicatario de la obra es la de pagar el precio convenido para la misma. No obstante, dicha obligación sólo se genera cuando el contratista ha cumplido con la suya. Es decir, cuando la obra ha sido terminada, aceptada y recibida por la Administración.

Sin embargo, la ejecución de las obras públicas requiere una considerable inversión que los contratistas difícilmente podrían sostener si tuviesen que esperar hasta la conclusión de la obra para recibir el precio acordado. De ahí que la legislación reguladora del contrato público de obra, establezca un sistema de pagos provisionales, o de adelantos a cuenta del precio, al contratista, para ayudarle a la financiación de la obra y a mantener el equivalente económico del contrato. De tal modo que, con periodicidad mensual, se vayan efectuando abonos, como anticipos a cuenta del precio que finalmente resulte en la liquidación.

Hay que tener en cuenta que el abono del precio establecido en el contrato es la principal obligación de la Administración, y así lo recoge el Art. 200 LCSP) al decirnos que “el contratista tendrá derecho al abono de la prestación realizada en los términos establecidos en ésta ley y en el contrato y con arreglo al precio convenido”.

Esta obligación, que parece tan simple, en la práctica se vuelve compleja, y con innumerables incidencias, que ha provocado la necesidad de que los Tribunales de justicia haya ido marcando una doctrina dirigida a obviar los obstáculos que en muchos casos pone la Administración para hacer frente al pago.

6.7.3.1. Carácter de pagos a buena cuenta de las certificaciones mensuales

Los abonos al contratista resultantes de las certificaciones expedidas tienen el carácter de pagos a buena cuenta, sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final y sin suponer, en forma alguna, aprobación y recepción de las obras que comprenden. Así se establece en el artículo 215 LCSP.

Es decir, se trata solo de pagos provisionales a cuenta de la liquidación final que corresponda del precio definitivo y que, por tanto, no constituye un documento que cree derecho alguno, sino simplemente la justificación de una entrega parcial anticipada.

Las certificaciones se basan en las relaciones valoradas que se fundamenta en la medición de las unidades de obras ejecutadas (Art. 148 RGCAP), que realiza el director de la obra y que el trámite de audiencia del contratista se realiza simultáneamente a la tramitación a efectos de su conformidad o reparos, pudiendo éste formular las alegaciones que estime oportunas en un plazo máximo de diez días hábiles a partir de la recepción del expresado documento.

En este caso se pueden dar dos supuestos, que no formule alegaciones, en cuyo caso, se considerará otorgada la conformidad a la relación valorada. En caso contrario y de aceptarse en todo o parte las alegaciones del contratista, éstas se tendrán en cuenta a la hora de redactar la próxima relación valorada o, en su caso, en la certificación final o en la liquidación del contrato. (Art. 149 RGCAP). Ello concluye que la

relación valorada no se modifica, y por tanto tampoco la certificación, sino que se corrige en la siguiente.

6.7.3.2. Límite de crédito asignado a cada año

El contratista no tendrá derecho a percibir en cada año, cualquiera que sea el importe de lo ejecutado o de las certificaciones expedidas, una cantidad mayor que la consignada en la anualidad correspondiente (crédito aprobado para cada año).

Si, por tanto, el importe de la obra ejecutada fuese superior al establecido para la anualidad en curso, la diferencia no podrá ser abonada hasta el año próximo, con cargo a la anualidad aprobada para éste año, caso de que existiera crédito en el mismo, pues de lo contrario, habrían de habilitarse nuevos créditos si fuese procedente.

El Art. 152 del Reglamento nos dice que en las certificaciones que se extiendan excediendo del importe de las anualidades que rijan en el contrato no se contará el plazo previsto en el Art. 99.4 de la Ley, que se repite literalmente en el Art. 200.4 LCSP (intereses de demora) desde la fecha de su expedición, sino desde aquella otra posterior en la que con arreglo a las condiciones convenidas y programas de trabajo aprobados deberían producirse. Es decir, que habrá que tenerse en cuenta el programa de trabajo para que a partir del mismo se cuenten los intereses.

6.7.3.3. Clases de certificaciones y conceptos integrantes de las mismas

6.7.3.3.1 Mensuales u ordinarias

Las que se expiden mensualmente con cargo a la anualidad en curso y pueden estar integradas por los siguientes conceptos:

- Obra ejecutada. Formada por unidades de obra y unidades de seguridad e higiene, en su caso, pudiéndose diferenciar a su vez:
 - Acreditada. Parte de la obra ejecutada que tiene crédito asignado, es decir imputable a los créditos aprobados correspondiente a la misma anualidad en que se formula la certificación.
 - Sin acreditar. Parte de la obra ejecutada que, en su caso, no tiene crédito presupuestario o para esa anualidad y es imputable a futuras anualidades.
- Anticipos por operaciones preparatorias. Pueden estar integrados por acopios de materiales e instalaciones accesorias y equipos de maquinarias.
- Revisión de precios de obra ejecutada, materiales acopiados e instalaciones y equipos no recuperables, caso de incluirse en la certificación.

Con ello se intenta evitar que haya que calcular el efecto de la inflación en el propio presupuesto al ofertar y evitar convertirse a su vez en un efecto inflacionista.

6.7.4.2. *Conceptos*

Se ha definido la revisión de precios como la articulación de un sistema que permite la revisión de la valoración inicial de la oferta, efectuada con los costes del momento de la licitación, con la inflación realmente producida durante el curso de ejecución del contrato, de modo que la valoración definitiva del precio del contrato se ajuste lo más posible al coste real.

El sistema de revisión de precios en la contratación pública de obras viene regulado por el Capítulo II, título II, Art. 77 y siguientes de la LCSP y por el Título IV, artículos 104 al 106 del RGCAP, así como otras disposiciones de desarrollo de la legislación anterior.

Situación que se mantiene con la Disposición Transitoria 2ª de la LCSP.

En cuanto no se opongan a lo establecido en la L.C.S.P. ni al RGCAP, mantienen su vigencia y hasta tanto se aprueben nuevas fórmulas tipo, seguirán aplicándose las aprobadas por el Decreto 3650/1970, de 19 de diciembre, y por el Real Decreto 2167/1981, de 20 de agosto por el que se complementa el anterior y por Decreto 2341/1975, de 22 de agosto, para contratos de fabricación del Ministerio de Defensa.

No obstante con la LCSP en su apartado segundo de la Disposición Transitoria segunda, en todo caso, transcurrido un año desde la entrada en vigor de la Ley sin que se hayan aprobado las nuevas fórmulas, la aplicación de las actualmente vigentes se efectuará con exclusión del efecto de la variación de precios de la mano de obra.

6.7.4.3. *Requisitos*

La cláusula de revisión de precios ha cambiado su carácter de situación excepcional a carácter ordinario, pero para su exigencia es necesaria su inclusión como cláusula contractual, dentro del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares la fórmula aplicable. En éste sentido se distingue de una condición necesaria “ex lege”, por cuanto sólo por su inclusión devenga obligatoria. Sin embargo el Art. 77 de la LCSP, mantiene una situación deferente por cuanto da un carácter de naturalidad a la existencia de la revisión, y nos dice que salvo que la improcedencia de la revisión se hubiese previsto expresamente en los pliegos o pactado en el contrato, cuando éste se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por 100 de su importe y hubiese transcurrido un año desde su adjudicación, tendrá lugar la revisión.

Sin embargo es mediante una resolución motivada la que podrá establecer la improcedencia de la misma que igualmente deberá hacerse constar, en tal supuesto, en dicho pliego.

La revisión de precios se llevará a cabo mediante los índices o fórmulas de carácter oficial que determine el órgano de contratación.

6.7.4.4. Índices de precios o índices de revisión

El criterio del Art. 105 de la L.C.A.P. ha quedado sustituido por el concepto del Art. 79.1 de la LCSP que nos dice que “Las fórmulas que se establezcan reflejarán la ponderación en el precio del contrato de los materiales básicos y de la energía incorporados al proceso de generación de las prestaciones objeto del mismo. No se incluirán en ellas el coste de la mano de obra, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial.”

6.7.4.5. Método de abono de revisión de precios

6.7.4.5.1. Momento inicial

Es necesario que aquellos contratos que tengan incluida la cláusula de revisión de precios, para que pueda iniciarse la expedición de certificaciones de revisión de precios es necesario que se cumplan las dos condiciones siguientes (Art. 77 LCSP):

- Que se haya ejecutado el 20% del presupuesto de adjudicación.
- Que hayan transcurrido 1 año desde la fecha de adjudicación del contrato, entendiéndose como tal la fecha de resolución de adjudicación definitiva.

Ello tiene una doble implicación, es que han de darse las dos condiciones anteriores para poder comenzar a revisar, quedando por tanto excluido de la revisión o sin derecho a ser revisado, el primer 20% del presupuesto de adjudicación, cuando se hubieses llegado a alcanzar tal porcentaje ejecutado, después de haber transcurrido el plazo de 1 año desde la fecha de adjudicación, o bien, el importe dentro de dicho período de 1 año, cuando se hubieses ejecutado por importe del 20% del presupuesto de adjudicación. Antes de haber transcurrido el referido plazo de 1 año.

A diferencia de lo que regulaba el Art. 6 del derogado Decreto 461/1971, de 11 de marzo, de desarrollo del Decreto ley 2/1964, de 4 de febrero, que nos decía que “para que proceda el derecho a la revisión es requisito necesario que el contratista haya cumplido estrictamente los plazos parciales fijados para la ejecución sucesiva del contrato y el general para su total realización”, el Art. 81 de la LCSP, nos dice “Cuando la cláusula de revisión se aplique sobre períodos de tiempo en los

que el contratista hubiese incurrido en mora y sin perjuicio de las penalidades que fueren procedentes, los índices de precios que habrán de ser tenidos en cuenta serán aquellos que hubiesen correspondido a las fechas establecidas en el contrato para la realización de la prestación en plazo, salvo que los correspondientes al período real de ejecución produzcan un coeficiente inferior, en cuyo caso se aplicarán estos últimos”

6.7.4.5.2. Liquidación de la revisión

Una de las grandes dificultades de aplicación de éste sistema de revisión de precios es el retraso de la publicación de los índices en el B.O.E., lo que conlleva, que no se encuentren disponibles los índices en el momento de la expedición de la certificación correspondiente, lo que lleva en la práctica a considerar provisionalmente, a los efectos de la correspondiente certificación el último publicado, y una que se publique el que corresponda se procederá a su regularización, o en su caso en la certificación final de obra..

6.7. . o o o

6.7.5.1. Introducción

Si hay un supuesto claro donde las prerrogativas de la Administración son claras es precisamente en el denominado “ius variandi”, que significativamente supone un cambio sustancial con respecto al contrato privado, y supone una quiebra a favor de unas de las partes del poder de decisión sobre un contrato que lleva como contraparte el interés público que lo informa, y que justifica esa capacidad de la Administración de modificar las prestaciones del contrato, como ya recordaban entre otras sentencias las del S.T.S. de 18-4-88 y de 23-5-88.

Por ello el Art. 194 LCSP reconoce al Órgano de Contratación, junto con las prerrogativas de interpretación y resolución del contrato, la de su modificación por razones de interés público, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la citada Ley, y el Art. 202.1 LCSP de la misma nos dice que una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público y por causas imprevistas,(anteriormente decía (en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas) justificándolo debidamente en el expediente.

La normativa reguladora básica está con carácter general en el Art. 202 y 217 LCSP, 158 al 162 del RGCAP y cláusulas 59 al 62 del Pliego de cláusulas administrativas generales de obra (P.C.A.G.) aprobado por el Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre.

6.7.5.2. *Modificaciones en el contrato de obras*

La modificación del contrato de obras, tiene una regulación bastante extensa, pero debemos tener en cuenta en primer lugar el Art. 217 LCSP, “Serán obligatorias para el contratista las modificaciones del contrato de obras que, siendo conformes con lo establecido en el artículo 202, produzcan aumento, reducción o supresión de las unidades de obra o sustitución de una clase de fábrica por otra, cuando ésta sea una de las comprendidas en el contrato, siempre que no se encuentren en los supuestos previstos en la letra e) del artículo 220(superar el 20% o alteración sustancial). En caso de supresión o reducción de obras, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna.”, que nos viene a reproducir la ley anterior. Cuestión por otro lado con respecto al último apartado, que es discutible a la luz de la jurisprudencia que en determinados casos ha estimado la indemnización.

De conformidad con lo previsto en el Art. 217 de la LCSP cuando el Director Facultativo de la obra considere necesario una modificación del proyecto, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente que se substanciará, con carácter de urgencia, con las siguientes actuaciones:

- a) Redacción del proyecto y aprobación técnica del mismo.
- b) Audiencia del contratista, por plazo mínimo de tres días.
- c) Aprobación del expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos.

Pero a esto hay que añadir determinadas actuaciones necesarias para la consecución del procedimiento, y que son, además de las ya reseñadas con carácter general:

- Solicitud del Director Facultativo para redactar el proyecto.
- Fiscalización provisional y previa del gasto correspondiente a las modificaciones.
- Redacción del proyecto
- Supervisión del proyecto (si la cuantía es igual o superior a los 350.000 euros o afecta a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra. De todas formas siempre será necesario un informe que nos diga que no lo supera aún cuando no cumpla todos los requisitos de una supervisión en todos sus aspectos).
- Acta de replanteo previo del proyecto.
- Orden de inicio del expediente de contratación y aprobación técnica del proyecto.
- Audiencia del contratista.
- En caso de no aceptación de los precios contradictorios por parte del contratista, cuando se trate de nuevas unidades estará exonerado de su ejecución.
- Informe de Asesoría Jurídica y, en su caso del Consejo Consultivo.
- Fiscalización del gasto.
- Aprobación del expediente y del gasto por el órgano de contratación.
- Notificación al contratista.
- Firma de la modificación del contrato.

Se producen con anterioridad al acto formal, audiencias y contactos con el contratista, que no pueden ser vinculantes, desde el punto de vista contractual, hasta tanto no haya una decisión firme y un expediente formalmente en tramitación.

Pero con independencia del procedimiento general, el Art. 217.4 de la LCSP siguiendo el mismo criterio de la ley anterior, nos fija un procedimiento excepcional para el supuesto de que si no son resueltas, la imposibilite continuar con la ejecución, si no se produce la modificación, y en éste sentido nos dice que “ Cuando la tramitación de un modificado exija la suspensión temporal, parcial o total de la ejecución de las obras y ello ocasione graves perjuicios para el interés público, el Ministro, si se trata de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, podrá acordar que continúen provisionalmente las mismas tal y como esté previsto en la propuesta técnica que elabore la dirección facultativa, siempre que el importe máximo previsto no supere el 20 por 100 del precio primitivo del contrato y exista crédito adecuado y suficiente para su financiación.”.

El expediente a tramitar al efecto exigirá exclusivamente las siguientes actuaciones:

- a) Propuesta técnica motivada efectuada por el director facultativo de la obra, donde figurará el importe aproximado de la modificación así como la descripción básica de las obras a realizar.
- b) Audiencia del contratista.
- c) Conformidad del órgano de contratación.
- d) Certificado de existencia de crédito.

En el plazo de seis meses (antes de la ley 53/99, de 28 de diciembre eran cuatro meses) deberá estar aprobado técnicamente el proyecto, y en el de ocho meses (antes seis meses) el expediente del modificado. Importante novedad que se suprime que no se podrían ejecutar tales obras una vez expirados dichos plazos que desaparece en la última redacción dada al precepto por la ley anterior, se mantiene en la LCSP.

Dentro del citado plazo se ejecutarán preferentemente, de las unidades de obra previstas en el contrato, aquellas partes que no hayan de quedar posterior y definitivamente ocultas.

La autorización del Ministro para iniciar provisionalmente las obras, implicará en el ámbito de la Administración General del Estado la aprobación del gasto, sin perjuicio de los ajustes que deban efectuarse en el momento de la aprobación del expediente del gasto, desapareciendo la prohibición de su posible delegación de competencia.

6.7.6. C m _f m o o o o

Con la terminación de la obra se inicia la fase de extinción del contrato por sus cauces normales, debiendo el contratista o su delegado, con una anticipación de cuaren-

ta y cinco días hábiles, comunicar por escrito a la Dirección la fecha prevista para la conclusión de la obra. (Art. 163.1 RGCAP)

A partir de ese momento en que avisa el contratista de la fecha de terminación, corresponde a la Administración preparar y realizar una serie de operaciones que concluyen en la recepción o entrega de la obra.

A continuación de recibir el referido aviso la Dirección, deberá ésta girar visita a la obra para constatar si es factible la previsión del contratista y una vez confirmado habrá de comunicarlo a la Administración con un mes de antelación para que organice el acto de recepción, mediante la emisión del correspondiente informe (Art. 163.2 RGCAP).

Cuando la obra se encuentre terminada totalmente y en disposición de ser recibida la Dirección Facultativa expedirá el correspondiente informe de terminación de obra, consignando la fecha en que tiene lugar y suscribiéndose por todos los miembros de la Dirección.

6.7.6.1. La Recepción de la obra.

La recepción es un acto en virtud del cual la obra es aceptada por la Administración en base al resultado positivo de la verificación de su ejecución de acuerdo con el proyecto. Y, como consecuencia de la aprobación de la obra, supone su toma de posesión por la Administración para ser destinada al uso, servicio público o fin previsto. Ello implica que el contratista ha cumplido con su principal obligación contractual y que, a partir de ese momento, tiene derecho a que se le pague el precio de la obra ejecutada.

Una vez tenga constancia el servicio gestor, por medio de la Dirección Facultativa, de la fecha en que terminará la obra, así como de la inexistencia de anomalías que hagan inviable la recepción, se procederá a nombrar el representante el órgano de contratación encargado de recibir la obra. Que será un funcionario, técnico con titulación adecuada al tipo de obra de que se trate y que no haya intervenido en la redacción del proyecto, ni como parte de la Dirección de obra.

Con una antelación mínima de veinte días se notificará a la Intervención para que designe representante al acto, acordándose fecha y hora. (Art. 163.2.3 RGCAP y cláusula 76 del PCAG), aún cuando el Art. 218 de la LCSP no la recoge entre las figuras obligatorias, (la ley anterior tampoco), se sigue manteniendo en el nuevo Reglamento al igual que en anterior.

Al mismo tiempo el representante del órgano de contratación citará por escrito al contratista y a la Dirección de la obra. (Art. 164.1 RGCAP).

El procedimiento de la recepción arranca con el aviso de terminación de la obra, después se procede a su verificación o reconocimiento, para concluir con la aceptación o rechazo.

6.7.6.2. *Sujetos que intervienen*

Las personas que deben asistir al acto son:

- El representante del órgano de Contratación. La LCSP le denomina el responsable del contrato o en su caso un facultativo designado. Cuya presencia es imprescindible para que pueda tener lugar la recepción, pues es la persona que recibe la obra.
- El Director de la obra. Siendo preferible la concurrencia de todos los componentes de la Dirección a fin de contribuir a una mejor colaboración en las labores de verificación.
- El contratista o su representante. Caso de no asistir no podrá ejercitar derecho alguno contra la decisión que se tome en la recepción. El contratista tiene obligación de asistir a la recepción de la obra. Si por causas que le sean imputables no cumple esta obligación el representante de la Administración le remitirá un ejemplar del acta para que en el plazo de diez días formule las alegaciones que considere oportunas, sobre las que resolverá el órgano de contratación. (Art. 164.1 RGCAP y cláusula 71 de PGCAG)
- El representante de la Intervención.

Cuando en los casos de asistencia potestativa de la Intervención, ésta optase por no nombrar representante, lo notificará al órgano de contratación, mediante un oficio denominado “Declinación de Asistencia”.

Incorporación de obras al inventario general de bienes y derechos.

6.7.6.3. *Período de garantía*

El período de garantía de una obra se inicia a partir de la recepción de la obra y su duración será la que se establezca en P.C.A.P. y en el contrato, no pudiendo, salvo casos especiales, ser inferior a un año. Lo normal es que se fije un año, durante cuyo plazo está obligado a la conservación y policía de las obras (Art. 167 RGCAP y Cláusula 73 del PGCAG). Dicha conservación se hará en la forma prevista en los Pliegos y las instrucciones que le de el director de las obras.

Importante tener en cuenta que en el plazo de 15 días anteriores al cumplimiento del plazo, el director facultativo de la obra, de oficio o a instancia del contratista redactará un informe sobre el estado de la obra. Si fuere favorable quedará relevado el contratista de toda responsabilidad, debiéndose devolver la garantía. Si no lo

fuere se le dará instrucciones para la debida reparación, concediéndole un plazo para la rectificación. (Art. 218.2 2º párrafo y 218.3 LCSP).

En el caso de que fuere favorable, no obstante, responderá de los vicios ocultos durante el plazo de 15 años desde la recepción (Art. 219 LCSP).

6.7.6.4. Medición General y certificación final de las obras

Una vez que son recibidas las obras se procederá seguidamente a su medición general con asistencia del contratista, formulándose por el director de la obra, en el plazo de un mes desde la recepción, la medición de las realmente ejecutadas de acuerdo con el proyecto. A tal efecto, en el acta de recepción el director de la obra fijará la fecha para el inicio de dicha medición, quedando notificado el contratista para dicho acto. Excepcionalmente, en función de las características de las obras, podrá establecerse un plazo mayor en el pliego de cláusulas administrativas particulares. (Art. 166 RGCAP).

De dicho acto se levantará acta en triplicado ejemplar que firmarán el director de la obra y el contratista, retirando un ejemplar cada uno de los firmantes y remitiéndose el tercero por el director de la obra al órgano de contratación. Si el contratista no ha asistido a la medición el ejemplar del acta le será remitido por el director de la obra.

El resultado de la medición se notificará al contratista para que en el plazo de cinco días hábiles preste su conformidad o manifieste los reparos que estime oportunos.

Sobre la base del resultado de la medición general y dentro del plazo de un mes o el especial que se establezca, el director de la obra redactará la correspondiente relación valorada, y dentro de los diez días siguientes al término del plazo, el director de la obra expedirá y tramitará la correspondiente certificación final.

Dentro del plazo de tres meses (antes dos meses) conforme al Art. 218.1 LCSP contados a partir de la recepción de la obra, el órgano de contratación deberá aprobar la certificación final de las obras ejecutadas, que será abonada, en su caso, al contratista dentro del plazo de dos meses a partir de su expedición a cuenta de la liquidación del contrato. En el supuesto de que de conformidad con la excepción prevista se fijarse un plazo superior a un mes para la medición de las obras, la aprobación de la certificación final no podrá superar el plazo de un mes desde la recepción de la contestación del contratista al trámite de audiencia señalado.

6.7.7. o o o o

6.7.7.1. Supuestos

De conformidad con lo previsto en el Art. 220 LCSP son causas de resolución del contrato de obras, además de las señaladas en el artículo 206 de la LCSP, que son los supuestos para todos los contratos, las siguientes:

- a) La demora en la comprobación del replanteo, conforme al artículo 142.
- b) La suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a seis meses por parte de la Administración.
- c) El desistimiento o la suspensión de las obras (ya iniciadas) por un plazo superior a ocho meses acordada por la Administración.
- d) Los errores materiales que pueda contener el proyecto o presupuesto elaborado por la Administración que afecten al presupuesto de la obra al menos en un 20 por 100.
- e) Las modificaciones en el contrato, aunque fueran sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por 100 del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, o representen una alteración sustancial del proyecto inicial.

En desarrollo del Art. 220 LCSP (que repite el Art. 149 de la L.C.A.P.), el Art. 221 de la LCSP, al hablar de la “ Alteración sustancial y suspensión de la iniciación de la obra, nos dice que “ En relación con la letra e) del artículo anterior se considerará alteración sustancial, entre otras, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial, así como la sustitución de unidades que afecten, al menos, al 30 por 100 del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido.

- 2. En la suspensión de la iniciación de las obras por parte de la Administración, cuando ésta dejare transcurrir seis meses a contar de la misma sin dictar acuerdo sobre dicha situación y notificarlo al contratista, éste tendrá derecho a la resolución del contrato.”

6.7.7.2. *Efectos de la resolución*

En cuanto a los efectos de la resolución, nos dice el Art. 222 LCSP que:

“La resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista. Será necesaria la citación de éste, en el domicilio que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición.

Igualmente si se demorase la comprobación del replanteo, dando lugar a la resolución del contrato, el contratista sólo tendrá derecho a una indemnización equivalente al 2 por 100 del precio de la adjudicación.

En el supuesto de suspensión de la iniciación de las obras por parte de la Administración por tiempo superior a seis meses, el contratista tendrá derecho a percibir por todos los conceptos una indemnización del 3 por 100 del precio de adjudicación.

En caso de desistimiento o suspensión de las obras iniciadas por plazo superior a ocho meses, el contratista tendrá derecho al 6 por 100 del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial, entendiéndose por obras dejadas de realizar las que resulten de la diferencia entre las reflejadas en el contrato primitivo y sus modificaciones y las que hasta la fecha de notificación de la suspensión se hubieran ejecutado.

De conformidad con lo previsto en el Art. 172 del Reglamento, iniciado el expediente de resolución de un contrato cuyas obras hayan de ser continuadas por otro contratista o por la propia Administración, se preparará seguidamente la propuesta de liquidación de las mismas.

La liquidación comprenderá la constatación y medición de las obras ya realizadas, especificando las que sean de recibo y fijando los saldos pertinentes en favor o en contra del contratista.

La liquidación se notificará al contratista al mismo tiempo que el acuerdo de resolución.

6.7. . o

El resto de las incidencias de obras que se pueda producir, tales como interpretación de las condiciones, precios aplicables, fuerza mayor, etc., se seguirá el procedimiento general previsto en el Art. 97 del RGCAP, que se convierte con carácter general, en antiguo previsto 136 del Reglamento anterior, para los contratos de obra

6.7. . o o

Una vez realizada la recepción de las obras y transcurrido el periodo de garantía, se procederá a la liquidación del contrato.

Dentro del plazo de quince días anteriores al cumplimiento del plazo de garantía, el director facultativo de la obra, de oficio o a instancia del contratista, redactará un informe sobre el estado de las obras. Si éste fuera favorable, el contratista quedará relevado de toda responsabilidad, salvo lo dispuesto para los vicios ocultos (Art. 218.3 LCSP), procediéndose a la devolución o cancelación de la garantía y a la liquidación, en su caso, de las obligaciones pendientes, aplicándose al pago de estas últimas lo dispuesto en el Art. 200.4 de la LCSP. En el caso de que el informe no fuera favorable y los defectos observados se debiesen a deficiencias en la ejecución de la obra y no al uso de lo construido, durante el plazo de garantía el director facultativo procederá a dictar las oportunas instrucciones al contratista para la debida reparación de lo construido, concediéndole un plazo para ello durante el cual continuará encargado de la conservación de las obras, sin derecho a percibir cantidad alguna por ampliación del plazo de garantía.

Transcurrido el plazo de garantía, si el informe del director de la obra sobre el estado de las mismas fuera favorable o, en caso contrario, una vez reparado lo construido, se formulará por el director en el plazo de un mes la propuesta de liquidación de las realmente ejecutadas, tomando como base para su valoración las condiciones económicas establecidas en el contrato. (Art. 169.1 RGCAP).

La propuesta de liquidación se notificará al contratista para que en el plazo de diez días preste su conformidad o manifieste los reparos que estime oportunos. (Art. 169.2 RGCAP).

Dentro del plazo de dos meses, contados a partir de la contestación del contratista o del transcurso del plazo establecido para tal fin, el órgano de contratación deberá aprobar la liquidación y abonar, en su caso, el saldo resultante de la misma (Art. 169.3 RGCAP).

Siempre que por razones excepcionales de interés público debidamente motivadas en el expediente el órgano de contratación acuerde la ocupación efectiva de las obras o su puesta en servicio para el uso público, aún sin el cumplimiento del acto formal de recepción, desde que concurren dichas circunstancias se producirán los efectos y consecuencias propios del acto de recepción de las obras. (Art. 218.6 LCSP) y (Art. 168 RGCAP).

El acuerdo de la ocupación efectiva de las obras o de su puesta en servicio para uso público previstas requerirá del levantamiento de la correspondiente acta de comprobación de las obras, que será suscrita por el representante designado por el órgano de contratación, el director de las mismas y el contratista, debiéndose comunicar a la Intervención de la Administración correspondiente para su asistencia potestativa al mismo. En los supuestos en que la obra vaya a ser gestionada por una Administración o entidad distinta a la Administración contratante el acta también deberá ser suscrita por un representante de la misma. (Como ocurre en las obras de Auxilio en materia de aguas).

La propuesta de modificación de la Directiva sobre Gravámenes a los vehículos pesados de transporte de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras (Directiva «Euroviñeta»)¹

Jean-Cristophe García-Baquero Lavezzi

Delegación de la Junta de Andalucía-Bruselas

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El paquete de medidas sobre el transporte ecológico. 3. La Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo que modifica la Directiva 1999/62/CE relativa a la aplicación de gravámenes a los vehículos pesados de transporte de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras, COM (2008) 436. 4. La principal novedad de la propuesta: El Anexo III bis. 4.1. Partes de la red afectadas. 4.2. Vehículos, carreteras y períodos afectados. 4.3. Importe de la tasa. 4.4. Elementos de costes externos. 4.4.1. Coste de la contaminación atmosférica provocada por el tráfico. 4.4.2. Coste de la contaminación acústica provocada por el tráfico. 4.4.3. Coste de la congestión. 5. El proceso de negociación

1 INTRODUCCIÓN

Este artículo pretende en la brevedad de sus páginas, ofrecer un hilo conductor para comprender los objetivos de la Comisión Europea en el ámbito de un transporte más ecológico y en particular en los gravámenes de las infraestructuras de transporte por carreteras para el transporte de mercancías.

Huelga afirmar que el transporte y la movilidad son fundamentales para el funcionamiento de las actividades económicas y nuestra competitividad, elementos clave para un mayor crecimiento económico y una mayor creación de empleo, objetivos plasmados en la Estrategia de Lisboa.

Algunas cifras aportadas por la Revisión del Libro Blanco de transportes , dan muestra de las tendencias:

- Entre 1995-2004 el transporte de mercancías creció un 28 % y el de pasajeros un 18 %. El transporte por carretera creció un 35 % y un 17 %, respectivamente.

¹ Quisiera agradecer a Don Jesús Izarzugaza Uriarte, Consejero de la Representación Permanente de España ante la Unión Europea, por su valiosa ayuda.

² Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo Por una Europa en movimiento. Movilidad sostenible para nuestro continente Revisión intermedia del Libro Blanco del transporte de la Comisión Europea de 2001 , C 200 314.

- El transporte por carretera representa el 44% del total de transporte de mercancías y el 85% del de pasajeros.
- El transporte representa el 30 % del consumo de energía total de la UE, dependiendo del petróleo en un 98 %.
- Entre 2000 y 2020 se prevé que el transporte de mercancías aumente un 50%.

La Revisión pretende disociar la movilidad de sus efectos negativos en el medio ambiente y en la salud, logrando un sistema de transportes no contaminantes y eficaces, a través de una serie de instrumentos para lograr los compromisos de Kyoto. Con dicho fin, la Revisión Intermedia ilustra algunos datos:

- El coste medioambiental del transporte supone el 1,1 % del PIB de la UE.
- La congestión de las carreteras supone un coste para la UE de aproximadamente el 1 % de su PIB.
- El transporte nacional es responsable del 21 % de las emisiones de gases de efecto invernadero, que han aumentado un 23 % desde 1990.

La Revisión Intermedia del Libro Blanco de transportes de 2001 sostiene que una política europea de transportes **sostenible** necesita más herramientas para obtener el máximo rendimiento. Junto a las acciones previstas en el Libro Blanco de 2001, tales como potenciar el transporte ferroviario y marítimo, se necesitarán otros instrumentos para lograr los objetivos. Entre esos instrumentos figuran un plan de acción de logística para el transporte de mercancías, sistemas inteligentes de transporte que den **a la movilidad más eficacia y le resten impacto ambiental**, fomentar la propulsión no contaminante y el uso de transportes más ecológicos, un debate sobre cómo cambiar la movilidad en las ciudades, un plan de acción para impulsar la navegación interior y un ambicioso programa de fomento de los combustibles verdes. Por último, se consagra el principio de la **comodalidad** que consiste en el uso eficiente de diferentes modos de transporte por separado y en combinación. Con todo ello, la Revisión pretendía lograr un sistema de transportes sostenible y competitivo en una Unión Europea ampliada y en un mundo globalizado.

La Revisión Intermedia recuerda que de conformidad con la Directiva sobre el cobro por el uso de carreteras, la Comisión presentará, antes del 10 de junio de 2008, un modelo generalmente aplicable, transparente y comprensible para la evaluación de **todos** los costes externos, que sirva de base para cálculos futuros de las tarifas de las infraestructuras, acompañado de un análisis de impacto de la **internalización de los costes externos para todos los modos de transporte**.

En efecto, en el artículo 11 de la Directiva 1999/ 2 Euroviñeta, establece el siguiente tenor:

La propuesta de modificación de la Directiva sobre gravámenes a los vehículos pesados de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras Directiva Euroviñeta

A más tardar el 10 de junio de 2008, la Comisión, tras examinar todas las opciones, incluidos los costes relacionados con el medio ambiente, el ruido, la congestión y la salud, presentará un modelo generalmente aplicable, transparente y comprensible para la evaluación de **todos** los costes externos, que sirva de base para el futuro cálculo de los costes de infraestructura. Este modelo irá acompañado de un análisis del impacto de la internalización de los costes externos para todos los modos de transporte y de una estrategia para una aplicación progresiva de este modelo a todos los modos de transporte. Dicho informe y el modelo irán acompañados, en su caso, de propuestas de revisión ulterior de la presente Directiva dirigidas al Parlamento Europeo y al Consejo.

La Comisión publicó en enero de este año una compilación de estudios sobre costes externos en el sector del transporte, bajo el nombre de *Handbook on estimation of external costs in the transport sector*.

El Parlamento Europeo en su resolución no legislativa de 11 de marzo de 2008 sobre una política de transporte sostenible europea, subrayó la necesidad de que el sector del transporte respete también los objetivos de la UE de reducir de aquí a 2020 el consumo de petróleo y sus emisiones de gases de efecto invernadero en al menos un 20% en relación a 1990. Para lograr esto es necesario una acción combinada en diversas políticas que comprenda intervenciones en el desarrollo tecnológico, los instrumentos de mercado **tarificación fundada sobre las incidencias en el medio ambiente** o medidas de acompañamiento.

Como podemos constatar, la llamada internalización de los costes externos provocados por el transporte es una apuesta político-técnica de la Comisión que lleva años fraguándose en sus despachos. Tras apariciones en textos políticos sensibles y estudios técnicos, la Comisión finalmente presentó el pasado 8 de julio un conjunto de nuevas iniciativas de transporte ecológico cuyo fin era orientar el transporte hacia cauces más sostenibles. Dicho paquete está compuesto por cuatro medidas:

³ Este *Handbook* ha servido de base, como veremos más adelante, para los mismos contenidos en la Comunicación sobre internalización de costes externos y en la propuesta de modificación de la Directiva Euroviñeta. http://ec.europa.eu/transport/costs/handbook/doc/2008_01_15_handbook_external_cost_en.pdf.

⁴ Las conclusiones del Consejo Europeo de los días 8 y 9 de marzo de 2007 reflejaron la importancia fundamental de conseguir con celeridad el objetivo de limitar el aumento de la temperatura media mundial a no más de 2 °C por encima de los niveles preindustriales. Para ello, se llegó al importante acuerdo de comprometer a la UE para reducir unilateralmente el 20% de las emisiones de gases de efecto invernadero para el 2020, en relación a las emisiones del año de referencia 1990. Sobre la base de la Comunicación Una política energética para Europa el Consejo Europeo adoptó un Plan de Acción global de tres años 2007-2009 para la consecución de una Política Energética para Europa, cuyo fin es aumento de la seguridad del abastecimiento de energía, la garantía de la competitividad de las economías europeas y la disponibilidad de una energía asequible y promoción de la sostenibilidad ambiental y lucha contra el cambio climático. Estas medidas contenidas en el Plan han servido de base para las propuestas concretas de la Comisión. En dicho Plan, entre otras medidas, se estableció el objetivo vinculante de alcanzar un porcentaje del 20% de energías renovables en el consumo total de energía de la UE en 2020 y el objetivo vinculante mínimo del 10%, para cada Estado miembro de que el 10% de los combustibles, respecto de los que se consuman en la UE para 2020, sean biocarburantes. Dichos objetivos se plasmaron en una propuesta de Directiva presentada el pasado 23 de enero de 2008 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, COM(2008) 30.

La primera establece una estrategia sobre la internacionalización de los costes externos dirigida a que los precios del transporte reflejen mejor su coste real para la sociedad basándose en disposiciones y propuestas comunitarias existentes, como los impuestos sobre combustibles o la inclusión del transporte aereo en el comercio de derechos de emisión. Además, la Comunicación contiene un anexo que propone un marco común para el cálculo de los costes externos debidos a la congestión, contaminación del aire, ruido y cambio climático a través del establecimiento de principios comunes y una metodología común. El fin es obtener una mayor eficiencia del transporte.

La segunda propuesta es una **revisión de la Directiva sobre aplicación de gravámenes a los camiones por la utilización de determinadas infraestructuras** Directiva Euroviñeta para el establecimiento de unos peajes de carretera más eficaces y ecológicos para los camiones, a través de un mismo método común para calcular los peajes, de modo que sean transparentes, proporcionados y compatibles con el mercado interior. Los peajes variarían según la contaminación, el ruido y la congestión. Las rentas obtenidas se utilizarían para financiar proyectos para mitigar los efectos negativos del transporte.

En tercer lugar, la comunicación a través de la cual se pretende reducir a la mitad el ruido ferroviario, propone medidas para que en el 2014 unos 11 millones de personas se beneficien de una reducción considerable de ruidos de ferrocarril en la UE.

Por último, se incluyó un inventario de disposiciones comunitarias vigentes sobre el transporte ecológico y una Comunicación sobre otras iniciativas que la Comisión adoptará antes del fin de 2009.

De las cuatro medidas del paquete, sólo una es legislativa. Este mayor ímpetu legislativo concentrado en la propuesta de modificación de la Directiva Euroviñeta se debe a la alta concentración de generación de costes externos ligados al transporte por carretera.

Pero, que es un coste externo, que significa internalizar dicho coste

2. EL PAQUETE DE MEDIDAS SOBRE EL TRANSPORTE ECOLÓGICO

Es necesario recurrir a la Comunicación sobre la estrategia para la internalización de los costes externos del transporte en general, COM(2008) 435, que es la que contiene el marco global donde insertar todas las iniciativas que comprenden el paquete de transporte ecológico aprobado el pasado mes de julio. En primer lugar, se reitera el lenguaje de la Revisión Intermedia afirmando que el transporte debe contribuir al desarrollo sostenible y a la competitividad, que son las grandes prioridades de la Comisión.

La propuesta de modificación de la Directiva sobre peajes aplicables a los vehículos pesados de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras Directiva Euroviñeta

En primer lugar, el texto declara que la Comisión Europea lleva trabajando en este proyecto desde hace años : el precio del transporte debe ser más preciso y reflejar todos los costes que provoca. El transporte genera externalidades de efecto negativo que suponen un elevado coste a la sociedad y a la economía. Si dichos costes se internalizan, los precios ligados al transporte serán más realistas y los usuarios soportarán todos los costes que generan, contando así con un incentivo para cambiar su comportamiento a fin de reducir gastos.

Existen unos costes directamente relacionados con el uso de un modo de transporte combustible, seguro que son privativos y pagados directamente por el usuario. Sin embargo, existen otros efectos del uso de un modo de transporte que generan un impacto negativo implicando un gasto para la sociedad: congestión, problemas de salud debido a la contaminación o ruido y, a largo plazo, cambio climático. Dicho gasto no es soportado directamente por el usuario es un **coste externo**. Dichos costes son reales aunque no tengan un valor de mercado explícito: gasto en gestión de infraestructura, facturas hospitalarias, gastos en servicios sanitarios, pérdida de calidad de vida. Es el Estado, y por tanto la sociedad, quien los sufraga. La suma de costes privativos y externos da lugar al coste social que es el único que contiene un precio correcto incluyendo los servicios utilizados y el consumo de recursos escasos.

La Comisión enumera como principales instrumentos económicos para la internalización de costes externos **la fiscalidad, el peaje y, en algunas circunstancias, el comercio de emisiones. Cada coste externo tiene unas características propias que requieren el uso de instrumentos apropiados**. Algunos costes externos se producen por el uso de una infraestructura y varían según tiempo, lugar y tipo de red por ejemplo, congestión, contaminación, ruido, requiriendo por tanto precios diferenciados tarifas diferenciadas para tener en cuenta dichas variaciones. Otros, como por ejemplo, el cambio climático, no dependen tanto del lugar o momento sino del uso de combustible, con lo cual un impuesto sobre combustible o el régimen de comercio de emisiones es más adecuado.

Pero el establecimiento de unos **principios y metodologías comunes** para todos los Estados miembros deben prevenir discriminaciones y asegurar una transparencia en el mercado para que no entorpezca la libre circulación o perjudique a determinadas regiones.

La Comisión propone un **principio** para la internalización de costes que no sobreexplota los recursos o dañe al sector del transporte y la economía. El principio pre-

⁵ Como la propia estrategia aclara, el Libro Verde Hacia una tarificación equitativa y eficaz del transporte de 1999, el Libro Blanco Tarifas justas por el uso de infraestructuras: estrategia gradual para un marco común de tarificación de infraestructuras de transporte en la UE de 1998 o el Libro Blanco de transportes de 2001 ya afirmaban la existencia de costes por uso de infraestructuras que eran repartidos de forma desigual entre los usuarios.

sentado es la **tarificación al coste marginal social**. Según este principio, los precios del transporte deben corresponderse con el coste adicional creado a corto plazo por una persona adicional que use la infraestructura. Este coste adicional incluiría los costes del usuario más los costes externos. El usuario pagaría por el coste que genera para la sociedad, basándose el sistema en los principios **el que contamina paga** para costes ambientales y **el usuario paga** para costes relacionados con el uso de la infraestructura.

Es evidente que la internalización falla si dicho usuario contaminador es reembolsado por alguna medida. Sin embargo, el coste marginal **varía** según el tiempo y el lugar, siendo difícil analizar su nivel exacto. Es por ello necesario, según la Comisión, un cierto nivel de simplificación. Así, el coste marginal puede considerarse como la media de los costes **variables**. Además, en algunos casos, el coste marginal no será la mejor opción caso de escasa densidad de tráfico o costes fijos elevados, siendo necesario recurrir a otras fórmulas si no se quiere caer en el peligro de la sobretarificación o duplicación de tarifas.

La Comunicación contiene un anexo que propone un marco común para el cálculo o monetización de los costes externos debidos a la congestión, contaminación del aire, ruido y cambio climático a través del establecimiento de principios comunes y una metodología común. No se contemplan los costes externos de los accidentes. El m todo del Anexo ofrece una manera de calcular y monetizar los costes externos insertándolo en un instrumento apropiado para cada uno de los mismos: peaje diferenciado para congestión, ruido y emisiones, e impuestos o comercio emisiones para cambio climático. Además dichos m todos se adaptarán a cada medio de transporte.

El Anexo presenta una metodología para calcular y monetizar los costes relacionados con algunas externalidades mencionadas **para todos los tipos de transportes**. Además, ofrece valores por defecto en caso de no contar con los datos requeridos por las fórmulas aportadas. El texto precisa que si bien es posible establecer un principio para la internalización y una metodología para cuantificar externalidades, es difícil imaginar un mecanismo aplicable a todos los modos de transporte, que recurran a diversas tecnologías, número de operadores y marcos reguladores. Por ello, principio y m todo se insertan en el instrumento económico más acorde: peaje, impuestos, comercio de emisiones. La UE ha adoptado ya medidas que permiten la internalización de costes externos para que reduzcan el impacto de dichas externalidades. La armonización de la fiscalidad de la energía en 2003 fue un paso importante y la reciente propuesta de inclusión de la industria de la aviación en el sistema de comercio de emisiones para 2011 es otra fase crucial (ver infra).

Dicho marco se ha basado en el Handboo publicado en enero de 2008. Es el documento EC 2008 2207: http://ec.europa.eu/transport/greening/doc/costs/2008_07_greening_transport_cost_annex_technical_fr.pdf.

La propuesta de modificación de la Directiva sobre gravámenes a los vehículos pesados de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras Directiva Euroviñeta

La estrategia se compone de cuatro partes, de las que destaca la internalización en el sector del transporte por carretera, que copa los tres cuartos del transporte de mercancías. Si se lograra dicha internalización se cortaría el coste ambiental en mil millones. Además, la reducción de la congestión aumentaría la eficacia del mencionado sector. La Comisión propone dos medidas para internalizar costes externos en este sector: **la revisión de la Directiva 1999/62 relativa a la aplicación de gravámenes a los vehículos pesados de transporte de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras**. Fue revisada en 2007 para permitir diferentes tarifas según las características ambientales de los vehículos. Alvo en zonas de montaña, y en determinadas condiciones, los ingresos de peajes no pueden rebasar los costes de infraestructuras. La revisión propuesta permite incluir costes externos contaminación atmosférica, ruido y congestión en los peajes, estableciendo una coordinación comunitaria a través de un método común y valores máximos para el cálculo de las tarifas y asignando los ingresos al transporte. La segunda iniciativa es un Plan de Acción para un sistema Inteligente de transportes que se presentará en otoño de 2008 cuya finalidad es incrementar el recurso a la tecnología.

La Comunicación apuesta a la hora de utilizar los ingresos de la internalización por el tráfico internacional. En muchos casos, los ingresos de la internalización proceden de este tráfico. El transporte internacional representa casi un 25 % del transporte por carretera en Europa. Si los ingresos no se asignan al transporte, cada Estado

⁷ Los otros ejes de la estrategia de internalización son el **mayor uso sostenible del vehículo y la internalización de costes externos para otros medios de transporte, enfrentados cada uno a una externalidad particular (ruido etc)**. Los modos de transporte deben formar parte de la estrategia para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos.

- **Ferrocarril:** La Directiva 2001/14 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001 relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria, aplicación de cánones por su utilización y certificación de la seguridad permite la internalización de los costes externos. Sin embargo, si produce un aumento de las rentas para el gestor de la infraestructura, la Directiva permite la internalización en caso de que haya un aumento equivalente para los otros modos de transportes competidores. La revisión de la Directiva de 1999/2001 hará posible que se internalicen los costes externos en el sector del transporte por carretera que está en competencia con el sector del ferrocarril. Además, como parte del paquete del paquete sobre transporte ecológico, la Comisión ha publicado una comunicación para reducir el ruido del transporte de mercancías por ferrocarril.
- **Transporte aéreo:** la Comisión ha presentado ya una propuesta para incluir el transporte aéreo en el sistema de comercio de emisiones de la UE. A partir de 2011 o 2012, los operadores aéreos deberán restituir derechos para cubrir sus emisiones según el principio el que contamina paga. La propuesta no sólo incluye vuelos intracomunitarios sino todos los vuelos que aterricen o despeguen de un aeropuerto de la UE. Además, la Comisión está preparando un documento con el fin de reducir las emisiones de óxido de nitrógeno. Por último, la Comisión propuso una Directiva sobre las tasas aeroportuarias. Consejo y Parlamento acogieron favorablemente la propuesta. Una serie de enmiendas proponen la modulación de las tarifas en función de los daños ambientales.
- **Transporte marítimo:** El crecimiento del sector del transporte ha llevado a que aumenten las emisiones de CO₂. La Comisión desea incluir el sector marítimo en el acuerdo post 2012 sobre cambio climático y querría que la Organización Marítima Internacional desarrollara una serie de medidas en 2009 para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. Si la OMI no hace progresos suficientes, la Comisión sugerirá llevar a cabo una acción a nivel europeo, incluyendo el mencionado sector en el sistema europeo de comercio de emisiones.
- **Vías Navegables:** La Comunicación sobre el programa Naiades preveía la internalización de los costes externos en todos los modos de transporte para 2013. La Comunicación recordaba que un planteamiento de este tipo podría revitalizar la navegación por vías interiores y permitiría financiar proyectos de desarrollo de infraestructuras. El Convenio de Mannheim regula muchas vías navegables.

⁸ Ver documento de impacto ambiental infra que avala los tres costes elegidos.

⁹ En este sentido, el análisis de impacto de dicha estrategia, EC 2008/2209 refrenda la importancia para los Estados miembros del tráfico internacional que representa en muchos de ellos un importe elevado de su cuota de transporte, sobre todo a la hora de destinar los dividendos obtenidos por la internalización los costes a la sostenibilidad de dicho transporte internacional.

miembro podría utilizar los ingresos de la internalización en función de su propio bienestar sin considerar las ventajas de una movilidad sostenible a escala comunitaria. Ahora bien, el documento menciona como otro objetivo fundamental la investigación e innovación, las inversiones en materiales de infraestructuras más respetuosos del medio ambiente, el desarrollo del transporte público, etc. Además, se menciona por último las redes transeuropeas. La Comunicación finaliza afirmando que los ingresos resultado de la internalización deben asignarse al sector del transporte y a la reducción de los costes externos, siempre sobre la base de análisis de rentabilidad o de estudios similares que garanticen una asignación de los fondos que suponga los mayores beneficios netos para la sociedad.

in embargo, la internalización de los costes externos no puede ir sola es un paso necesario pero debe acompañarse de otras medidas que generen alternativas para otras pautas de movilidad y para el desarrollo de acciones innovadoras al respecto. La reducción de los costes externos necesita una estrategia que debe comprender varios elementos aparte de su internalización: desarrollo de infraestructuras, estímulos para la innovación tecnológica, política de competencia, reglamentación y fijación de normas. La Comisión hará un balance en 2013 de las acciones descritas, invitando a los Estados miembros a recurrir al marco propuesto.

El documento EC 2008 2209 que resume la evaluación de impacto de la Estrategia mencionada sobre internalización de costes externos, EC 2008 2208, que es aplicable también a la propuesta de Directiva que modifica la Euroviñeta afirma existen medidas que producen un cierto grado de internalización pero los usuarios siguen sin pagar del todo dichos gastos o lo hacen de manera no vinculada al concepto de coste externo. De esta manera, la estructura de los gravámenes existentes no transmite una señal a los usuarios para que modifiquen sus pautas de movilidad.

Se vuelve a insistir sobre la amplitud del objetivo de la internalización: cambiar la pauta de los usuarios, mejorar la eficacia del uso de las infraestructuras y reducir costes negativos ligados a la congestión, accidentes y emisiones, proteger el medio ambiente sin dañar la competitividad ni al sector de transporte con una sobrecarga de pagos.

En particular, los objetivos específicos son:

- a Proponer una estrategia de internalización en todos los modos de transportes proponiendo para ello una metodología común para cada coste bajo instrumentos económicos apropiados e intentando adaptarse a cada medio de transporte en la medida de lo posible. in embargo, debido a la dimensión internacional del transporte marítimo, aéreo y por vías navegables, la internalización de todos los medios se hará de manera **gradual**.
- b Como primera fase específica, proponer una revisión de la Directiva 1999/ 2 Euroviñeta para aplicar unas tasas coherentes en carreteras, debido a su alta cuota

La propuesta de modificación de la Directiva sobre gravámenes a los vehículos pesados de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras Directiva Euroviñeta

de costes externos sin olvidar las iniciativas ya emprendidas en el sector de la aviación y su inclusión en el sistema de comercios de emisión. Así, supone un primer paso para avanzar de manera concreta en un sector sensible en el afán de lograr una estrategia de internalización que comprenda a todos los medios en un futuro. Además, el documento precisa que cuando se internalicen los costes externos en la carretera será más fácil llevarlo a cabo en el ferrocarril. Tampoco hay que olvidar el objetivo que se quiere lograr en el transporte marítimo ver supra .

El análisis de impacto defiende de manera rotunda la internalización de costes externos desde un punto de vista económico. Según dicho análisis, la internalización de costes externos condiciona las opciones de movilidad, pero no la restringe. Declara que a corto plazo, el impacto económico es negativo al aumentar los costes del transporte pero este coste varía de un sector a otro, impulsando dicha internalización una mayor eficacia en el transporte. Se defiende que la reducción de costes externos y mortalidad mejorará la competitividad general de la economía europea. Además, la reducción de externalidades como la congestión supondrán un mayor ahorro de tiempo y combustible de un 10 a un 30% , aumentando las ganancias de las empresas. La internalización supondrá un ahorro de costes externos de unos 1000 millones de euros anuales. Además, la reducción de emisiones supondrá un ahorro en costes sanitarios.

La internalización no afectará, según el documento, a la distribución modal y las desigualdades sociales ya que los ciudadanos con rentas menores tienen mayor tendencia a usar el transporte público.

La evaluación de impacto defiende los costes elegidos congestión, ruido y contaminación atmosférica porque ofrecen la mejor combinación de movilidad y sostenibilidad : el ruido y la contaminación ofrecen la internalización de costes ligados al medioambiente y la lucha contra la congestión ofrece la posibilidad de ahorro de tiempo que tiene un efecto positivo en la economía en general.

En relación a la propuesta de Revisión de la Euroviñeta , el documento de impacto la vuelve a considerar como el primer paso para una estrategia de internalización de costes externos y la resume de la siguiente manera: las modificaciones principales serían las siguientes: autorización para calcular las tasas por el uso de las infraestructuras viales sobre la base de costes externos- contaminación atmosférica, ruido y congestión- y diferenciación adecuada de cada tasa. Estos sistemas de tarificación estarán sujetos a una serie de condiciones para mejorar su eficiencia y sus posibilidades de éxito, tales como el uso de las tecnologías de peaje electrónico sin barrera, a fin de facilitar su aplicación, reduciendo los costes y los inconvenientes locales y de permitir su ampliación ulterior a todas las infraestructuras viales. Por razones de subsidiariedad, los turismos quedarán excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva aunque defiende la mayor efectividad del sistema si se aplica a otros usuarios .

¹⁰ Documento EC 2008 2209, resumen de la evaluación de impacto sobre la internalización de los costes externos, página 7.

Volvamos pues a la gran apuesta de este paquete que es la propuesta de revisión de la Directiva Euroviñeta .

3. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO QUE MODIFICA LA DIRECTIVA 1999/62/CE RELATIVA A LA APLICACIÓN DE GRAVÁMENES A LOS VEHÍCULOS PESADOS DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS POR LA UTILIZACIÓN DE DETERMINADAS INFRAESTRUCTURAS, COM (2008) 436

La exposición de motivos de la propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo que modifica la Directiva 1999/62/CE relativa a la aplicación de gravámenes a los vehículos pesados de transporte de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras COM (2008) 436 , de 8 de julio de 2008 , afirma de nuevo que dicho texto es una contribución a una estrategia general y progresiva de internalización de costes externos en el transporte.

El documento aporta un dato esclarecedor: el 90% de los costes externos del transporte es atribuible al transporte por carretera y una cuarta parte de dicha cuota corresponde al transporte de mercancías , en una dinámica de crecimiento de dicha actividad que puede que se duplique de aquí a 2020.

Se reitera que la política de precios es un medio eficaz, junto a otro tipo de iniciativas, para una mejor gestión de la demanda de transporte y del uso de las infraestructuras. En la actualidad, los gravámenes en las carreteras tratan a todos los usuarios por igual, sin contar con su capacidad de contaminación o congestión, por lo que no existe un acicate para el cambio de pautas de movilidad. Como se ha comentado con anterioridad, los costes externos son soportados por la sociedad en general a través de numerosos gastos, precisando que son las autoridades donde se ha llevado a cabo el desplazamiento quienes soportan dichos costes, que no siempre son las autoridades donde el vehículo causante está matriculado o donde repostado combustible.

Finalmente, el peaje, según el texto, es la mejor herramienta para individualizar los gastos que cada usuario genera ya que los costes ocasionados por los mismos se asignan de una manera más precisa, permitiendo una mayor variación y adaptabilidad del mismo según momento, lugar o tipo de vehículo.

La Directiva vigente 1999/62 se aplica a los impuestos sobre vehículos, a los peajes y a las tasas establecidos sobre los vehículos destinados al transporte de mercancías por carretera y con un peso total máximo autorizado igual o superior a 12 toneladas. La Directiva no se aplica a los vehículos que realicen transportes únicamente en los territorios extraeuropeos de los Estados miembros y a los matricula-

¹¹ http://ec.europa.eu/transport/greening/doc/road/2008_07_greening_transport_road_proposal_es.pdf.

La propuesta de modificación de la Directiva sobre gravámenes a los vehículos pesados de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras Directiva Euroviñeta

dos en las Canarias, Ceuta y elilla, las Azores o adeira que realicen transportes únicamente en dichos territorios o entre dichos territorios y España o Portugal. La Directiva precisa, por países, los impuestos contemplados. Cada uno de los Estados miembros determinará los procedimientos de exacción y recaudación de dichos impuestos. Además, dichos impuestos son percibidos por el Estado miembro en el que está matriculado el vehículo. Los importes de los impuestos sobre vehículos que fijen los Estados miembros no podrán ser inferiores a los mínimos establecidos en la Directiva. sta prev asimismo la posibilidad de que los Estados miembros apliquen, en determinados casos y en ciertas condiciones, importes reducidos o exenciones.

La Directiva enumera las condiciones que los Estados miembros deben cumplir para mantener o introducir peajes o introducir tasas. Estas condiciones son las siguientes:

- El cobro sólo podrá exigirse por la utilización de autopistas u otras carreteras similares, de puentes, de túneles y de puertos de montaña.
- Aplicación del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad del transportista o del origen o destino del transporte.
- Ausencia de control en las fronteras interiores.
- revisión de las tarifas máximas de las tasas a partir del 1 de julio de 2002 y, a partir de esa fecha, cada dos años.
- Aplicación del principio de proporcionalidad de las tarifas de las tasas en función de la duración de la utilización de las infraestructuras.
- Posibilidad de que varíen los importes de los peajes según las clases de emisiones de los vehículos y/o sea de día o de noche.
- Posibilidad de cooperación entre dos o más Estados miembros para establecer un sistema común de tasas, sujeto a las determinadas condiciones tales como el reparto equitativo de los ingresos entre Estados miembros.

La Directiva 200 /38/CE de 17 de mayo de 200 modificó la Directiva instaurando un nuevo marco comunitario relativo a la tarificación del uso de las infraestructuras. La Directiva estableció las pautas para la exacción por los Estados miembros de peajes o tasas por la utilización de las carreteras de la red transeuropea de transportes y las de las regiones montañosas en determinados casos este fin se insertó pensando en el actual paso del Brennero, con dos millones de vehículos pesados anuales, entre Italia y Austria, que cuenta con un proyecto de túnel ferroviario parte de la Red ranseuropea de transporte como alternativa modal . Los Estados miembros tendrán la posibilidad de diferenciar los peajes en función del tipo de vehículo, de la categoría de las emisiones clasificación EUR , de la importancia de los daños que el vehículo cause a las carreteras, y del momento y el nivel de la congestión, instaurando los principios quien utiliza paga y quien contamina paga . e aplicará, según la voluntad de los Estados miembros, sólo a los vehículos de transporte de mercancías de hasta 12 toneladas hasta 2012, pero a partir de dicha fecha se deberá aplicar a dichos vehículos de más de 3,5 toneladas salvo en algunos casos tasados.

in embargo, la Comisión sostiene que el sistema vigente no ha tenido como consecuencia una internalización de costes externos eficaz, proponiendo por tanto una propuesta de revisión.

En primer lugar, se introducen definiciones acordes con las nuevas metodologías y fines. Por ejemplo, la noción de peaje cambia ya que aún basándose en la noción de pago por una distancia determinada recorrida utilizando una infraestructura determinada por un vehículo, dicho importe incluye **tasa por el uso de la mencionada infraestructura, una tasa por los costes externos o ambas** ambos pagos denominadas como tasas . e define la tasa por el uso de la infraestructura como una tasa percibida por el cobro de un peaje y destinada a recuperar los costes de infraestructura soportados por un Estado miembro la tasa por los costes externos es una tasa percibida mediante el cobro de un peaje y destinada a recuperar los costes soportados por un Estado miembro como consecuencia de la contaminación atmosférica, acústica y congestión causada por tráfico.

Las principales reformas se refieren en gran medida a los artículos 7, 7 bis y ter de la Directiva en vigor Capítulo III que regulan los peajes y las tasas de usuario. El capítulo II dedicado a impuestos, no es objeto de ninguna modificación.

El **artículo 7** propuesto reformula el vigente artículo siete pero mantiene a grandes rasgos los mismos objetivos. El artículo propuesto 7.1 establece la **posibilidad** de los Estados miembros de imponer peajes o tasas de usuarios en su red de carreteras o en tramos de las mismas. En primer lugar, el artículo propuesto 7.1 aumenta el espectro de la Directiva, ya que la propuesta incluye **toda la red de carreteras o tramos de las mismas de un Estado miembro** como posible objeto de peaje o tasa de usuario para los vehículos de carretera para el transporte de mercancías superior de 3,5 toneladas definidos así como los vehículos objeto de la Directiva en el artículo 2 vigente que no se modifica en la propuesta de Directiva . Además, no hay que olvidar que el recurso al peaje o tasa de usuario es una opción de los Estados miembros.

e prohíbe artículo 7.2 propuesto la imposición simultánea por un Estado miembro de peajes y tasas de usuario en categorías determinadas de vehículos. Es necesari-

¹² La Directiva en vigor define en su artículo 2 b) el peaje como el pago de un importe determinado por recorrer un vehículo una distancia determinada en las infraestructuras a que se refiere el artículo 7.1 basado en la distancia recorrida y el tipo de vehículo . Las infraestructuras mencionadas en el artículo 7.1 vigente son las redes transeuropeas de carreteras aunque es posible aplicarlas en otras carreteras según algunos casos. A su vez, define la tasa como el pago de un importe determinado que da derecho a un vehículo a utilizar la infraestructura a que se refiere el 7.1 durante un período de tiempo determinado , artículo 2 c) ver más adelante .

¹³ La actual Directiva refiere la aplicación de tasas o peajes a la **red transeuropea de carretera** para vehículos de mercancías de carga superior a 3,5 toneladas o a otro tipo de carreteras o vehículos siempre que no supongan una violación de la libre competencia entre operadores. in embargo, los Estados miembros podrán aplicar peajes y/o tasas de usuarios en carreteras no incluidas en la red transeuropea, entre ellas las carreteras paralelas a las que pueda desviarse el tráfico de la red transeuropea de carreteras y/o que estén directamente en competencia con determinadas partes de dicha red, o de aplicar peajes y/o tasas en carreteras de la red transeuropea a otros tipos de vehículos de motor no cubiertos por la definición de "vehículo", siempre que la imposición de peajes y/o tasas a dichas carreteras no sea discriminatoria con respecto al tráfico internacional ni dé lugar a distorsiones de la competencia entre operadores.

La propuesta de modificación de la Directiva sobre peajes para los vehículos pesados de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras Directiva Euroviñeta

rio que el Estado miembro opte, pero si aplica tasas de usuario, puede imponer peajes por el uso de puentes, túneles o puertos de montaña.

e consagra en el artículo 7.3 la prohibición de discriminación por parte de las tasas de usuario y peajes por motivos de nacionalidad del transportista del lugar de establecimiento del mismo o destino u origen de la operación de transporte. Como explica la exposición de motivos de la propuesta fundamento 1, los peajes se aplican a todos los vehículos mencionados que pasen por el mismo lugar, con lo cual no hay barreras a la libre competencia.

El régimen de exenciones o reducciones de las tasas de usuario o peajes en su noción modificada en la propuesta se mantiene en sus líneas principales artículo 7.4 propuesto. En primer lugar, para los vehículos exentos de la obligación de contar con aparatos de control establecidos en el Reglamento 3821/85 del Consejo de 20 de diciembre de 1985 relativo al aparato de control en el sector de los transportes por carretera y, en segundo lugar, los supuestos contemplados en el vigente artículo 1.2 de la Directiva Euroviñeta siempre que se cumplan los requisitos establecidos en dicho artículo.

El régimen transitorio se mantiene en su espíritu principal con una noción distinta de peaje, como hemos subrayado con anterioridad: los Estados miembros podrán **no aplicar tasas o peajes a vehículos para transporte de mercancías de peso inferior a doce toneladas hasta el 31 de diciembre de 2011**. A partir del uno de enero de 2012, las tasas y peajes serán de aplicación a los vehículos objeto de la Directiva más de 3,5 toneladas salvo que un Estado miembro alegue que la extensión de dicha norma dañe la fluidez del tráfico, el medio ambiente o la salud, aumente los niveles de ruido o congestión o provoque costes administrativos superiores al 30 % de los ingresos adicionales que habría generado esa ampliación. Estas reglas regirán para los Estados que hayan decidido aplicar la Euroviñeta revisada.

¹⁴ tasa de usuario no se encuentra definida en la nueva propuesta sino en la Directiva vigente en un punto que no es reformado por la propuesta sin embargo, en la versión española de la Directiva vigente no encontramos tasa de usuario sino tasa mientras que en la inglesa encontramos user charge, con lo cual, la versión española de la propuesta se presta a confusión. tasa de usuario tal y como la encontramos en la propuesta se define bajo la noción de **tasa** en la Directiva en vigor: **el pago de un importe determinado que da derecho a un vehículo a utilizar las infraestructuras a que se refiere el artículo 7, apartado 1 durante un periodo de tiempo determinado". Así el peaje se ciñe al uso de infraestructura según la distancia y la tasa de usuario a dicho uso de la infraestructura según el tiempo**. No hay que olvidar que el artículo 7.1 vigente se refiere a la red transeuropea de carreteras y el nuevo 7.1 propuesto a la red de carreteras.

¹⁵ Los peajes no provocan falseamiento alguno de la competencia dentro del mercado interior, ya que son pagaderos por todos los agentes económicos con independencia de su Estado miembro de origen o establecimiento, de forma proporcional a la intensidad de utilización de la red de carreteras fundamento 2 de la exposición de motivos de la propuesta de Directiva, C 2008 43.

¹ El artículo 1.2: Los Estados miembros podrán aplicar importes reducidos o exenciones a:

- a Los vehículos destinados a la defensa nacional, protección civil, servicios de lucha contra incendios y demás servicios de urgencia, así como a los vehículos de las fuerzas de mantenimiento del orden público y a los vehículos utilizados para el mantenimiento de carreteras.
- b Los vehículos que sólo circulen ocasionalmente por la vía pública del Estado miembro en que están matriculados y que sean utilizados por personas físicas o jurídicas cuya actividad principal no sea el transporte de mercancías, siempre que la actividad de transporte que realicen dichos vehículos no ocasione un falseamiento de la competencia y que la Comisión así lo haya autorizado.

El **artículo 7 bis propuesto** establece la proporcionalidad de las **tasas de usuario** en relación a la duración del uso de las **infraestructuras**, pudiéndose abonar de manera diaria, semanal mensual o anual, siendo esta última posible sólo a la hora de imponer las tasas a vehículos matriculados en su territorio. Los Estados deberán respetar para fijar dichas tasas los límites impuestos por el anexo II de la Directiva en vigor llamado importes máximos en euros correspondientes a las tasas, incluidos los costes administrativos, a que se refiere también el apartado 7 del artículo 7 cuyo objeto son las tasas para todas las categorías de vehículos. La propuesta de Directiva no ha retirado la mención a un artículo en el nombre del Anexo II el artículo 7.7 que ya no figurará con dicha nomenclatura, puesto que es sustituido por el artículo 7 bis apartado 2. A dicha tasa de usuario, como al peaje, se le pueden sumar costes externos calculados según el Anexo III bis.

El **nuevo artículo 7 ter**, establece que **la tasa por uso de la infraestructura** se basará en la recuperación de los costes de la infraestructura. Para recuperar dichos costes se introduce el concepto de tasa media ponderada por uso de infraestructura, que guardará relación con los costes de producción y de funcionamiento, mantenimiento y desarrollo de la red de infraestructuras correspondiente dicha tasa media ponderada podrá incluir un rendimiento del capital utilizado o un margen de beneficio según condiciones de mercado. El Anexo III reformado, como veremos más adelante, está dedicado a la obtención de dicha tasa ponderada. El artículo 7.9 vigente establece que será el importe de los **peajes** en su noción vigente el sometido al principio recuperación de los costes de infraestructura.

La **tasa por costes externos** se basará en los costes por la contaminación atmosférica y acústica causada por el tráfico, o ambos. En los tramos de carretera afectados por la congestión, la tasa por los costes externos podrá incluir también el coste de la congestión **sólo durante los periodos en los que estos tramos estén habitualmente congestionados**. Los costes tomados en consideración corresponderán a la red o parte de la red donde se perciba el peaje y a los vehículos sujetos al pago del mismo. Los estados podrán **optar por recuperar sólo un porcentaje de dichos costes** (artículo 7 ter apartado 3).

¹⁷ Según el artículo propuesto, la tasa anual no será inferior a la diaria multiplicada por ochenta la mensual no será inferior a la diaria multiplicada por trece y la semanal no será inferior a la diaria multiplicada por cinco.

¹⁸ El artículo 7.7 vigente, que es sustituido por el artículo 7 bis apartado 2, tiene el siguiente tenor: las tasas para todas las categorías de vehículos, incluidos los gastos administrativos, serán fijadas por el Estado miembro de que se trate a un nivel que no sobrepase los importes máximos establecidos en el anexo II.

¹⁹ Definida en el artículo 2 b septies propuesto como los ingresos totales recaudados mediante percepción de una tasa por el uso de la infraestructura durante un período determinado, dividida por el número de kilómetros-vehículo recorridos e los tramos de la carretera sujetos al pago de una tasa durante ese período.

²⁰ In embargo, el mismo artículo prosigue afirmando lo siguiente: En particular, el importe de los peajes medios ponderados estará en relación con los costes de construcción y con los costes de explotación, mantenimiento y desarrollo de la red de infraestructura de que se trate. El importe de los peajes medios ponderados **podrá también incluir** un componente de rendimiento del capital o un margen de beneficio basado en las condiciones de mercado.

La propuesta de modificación de la Directiva sobre gravámenes a los vehículos pesados de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras Directiva Euroviñeta

El **nuevo artículo 7 quater** establece una graduación para la tasa por costes externos: variará según el tipo de carretera, de la categoría EUR del vehículo y el período de utilización cuando se incluya el coste de la congestión o contaminación acústica. Para establecer los importes de dichas tasas se recurrirá a unas fórmulas contenidas en el nuevo Anexo III bis. No obstante, los importes de la tasa por los costes externos, que se obtendrán a través de la metodología del Anexo III bis, serán establecidos por una autoridad designada por el Estado miembro que sea jurídica y financieramente independiente de la organización responsable de la administración y la recaudación total o parcial de las tasas. Sin embargo, si esa organización se halla bajo el control del Estado miembro, la autoridad mencionada podrá ser un ente administrativo de dicho Estado.

En relación a las tasas por uso de infraestructura, el nuevo artículo **7 quinquies** remite su cálculo a una metodología encontrada en el Anexo III de la Directiva en vigor que será reformada en su primer párrafo para afectarlo, como veremos, al cálculo de los costes por infraestructuras mediante la tasa media ponderada por uso de infraestructura. Se precisa que en los peajes en régimen de concesión, los niveles máximos de tasas por uso de infraestructura serán equivalentes o inferiores a los niveles obtenidos a través de dicha metodología. La valoración de esa equivalencia se basará en un periodo de referencia lo suficientemente largo y adecuado a la naturaleza del contrato de concesión.

Los peajes que ya estuvieran en funcionamiento el 10 de junio de 2008 o para los que se hayan recibido ofertas o respuestas a invitaciones a negociar como parte de un procedimiento negociado antes del 10 de junio de 2008, **no se someterán** al artículo 7 quinquies mientras sigan vigentes y no se modifiquen de manera significativa.

El **nuevo artículo 7 sexties** regula la cuestión de los **recargos**, guardando a grandes rasgos similitudes con el artículo 7.11 de la Directiva en vigor. El artículo 7 sexties establece la posibilidad de aplicar **recargos**, previa notificación a la Comisión, a **las tasas por uso de infraestructura en regiones de montaña** y que se perciban en los tramos de carreteras que sufran fuertes congestiones o cuyo

²¹ según emisiones.

²² El Anexo III bis llamado requisitos mínimos para la percepción de una tasa por los costes externos y elementos de costes externos imputables máximos, establece los requisitos mínimos aplicables para la percepción de una tasa por los costes externos y los elementos de costes máximos permitidos.

²³ El artículo vigente 7 bis apartado 3 establece el siguiente tenor: Para los nuevos sistemas de peaje que no conlleven peajes de concesión instaurados por los Estados miembros después del 10 de junio de 2008, los Estados miembros calcularán los costes utilizando un método basado en los principios fundamentales de cálculo establecidos en el anexo III. Por lo que respecta a los nuevos peajes de concesión instaurados después del 10 de junio de 2008, el nivel máximo de los peajes será equivalente o inferior al nivel que se habría obtenido utilizando un método basado en los principios fundamentales de cálculo establecidos en el anexo III. La evaluación de dicha equivalencia se realizará sobre la base de un periodo de referencia de una duración razonable adecuado a la naturaleza del contrato de concesión. Los sistemas de peaje ya establecidos el 10 de junio de 2008, o para los que se hayan recibido ofertas o respuestas a invitaciones a negociar conforme al procedimiento negociado a raíz de un proceso de contratación pública antes del 10 de junio de 2008, no estarán sujetos a las obligaciones establecidas en el presente apartado durante el tiempo en que dichos sistemas sigan en vigor y siempre y cuando no sufran ninguna modificación sustancial.

uso provoque importantes daños ambientales. Dichos recargos habrán de financiar los proyectos prioritarios de las Redes transeuropeas de transporte contenidos en el anexo III de la Decisión 192/9 /CE que pertenezcan al mismo corredor que el tramo de carretera donde se aplique el recargo y que aporten una solución efectiva a los problemas ambientales o de congestión.

El recargo no ha de superar el 15 % de la tasa media ponderada por el uso de la infraestructura calculada según el artículo 7.1 ter principios que rigen dicha tasa y 7 quinquies este último regula aplicación o no del Anexo III para el cálculo de la misma. Si bien, cuando los beneficios obtenidos se inviertan en las secciones **transfronterizas** de los proyectos prioritarios antes mencionados que guarden relación con infraestructuras en regiones de montaña, se podrá aplicar un recargo de hasta un 25% para ello se deberá contar con el acuerdo de los Estados miembros implicados.

El recargo no debe suponer una desventaja para el tráfico comercial respecto a otro tipo de usuarios.

Es necesario entregar a la Comisión, previa aplicación del recargo, una descripción de la ubicación exacta del lugar donde se perciba el recargo y una prueba de la decisión de financiar las obras de construcción antes mencionadas. Además, la duración del recargo deberá estar predefinida y ha de ajustarse en la previsión de sus ingresos a los planes de financiación y a los análisis de costes y beneficios de los proyectos cofinanciados con los mismos.

El recargo, previa notificación a la Comisión, se puede aplicar a su vez a los tramos de carretera que supongan una alternativa a una carretera donde se perciba ya un recargo, si dicha imposición produce un desvío importante hacia la mencionada ruta alternativa y se cumplen todos los requisitos mencionados.

Podrá asimismo aplicarse un recargo a las tasas por el uso de la infraestructura que hayan sido modificadas de conformidad con el artículo 7 se₇ es, que regula las variaciones ver infra .

Cuando la Comisión reciba de un Estado miembro que se proponga aplicar un recargo la información requerida a tal efecto, pondrá dicha información a disposición de los miembros del Comité indicado en el artículo 9 quater ver infra .

Si la Comisión, al recibir la información requerida sobre los recargos, considera que no reúne las condiciones antes mencionadas o puede implicar consecuencias adversas para el desarrollo económico de las regiones **periféricas**, puede rechazar el

²⁴ En la Directiva en vigor se hace referencia al Anexo III de la Decisión 884/2004 que modifica la Decisión 192/9 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 1999 sobre las orientaciones comunitarias para el desarrollo de la red transeuropea de transporte.

²⁵ En el artículo 7.11 se hace referencia al peaje medio ponderado en vez de a la tasa media ponderada por el uso de infraestructura.

La propuesta de modificación de la Directiva sobre gravámenes a los vehículos pesados de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras Directiva Euroviñeta

proyecto de recargo o solicitar su modificación siguiendo el procedimiento de consulta del artículo 9.2 quater. ver infra .

En los tramos de carretera que cumplan los criterios de aplicación de un recargo, los Estados miembros no podrán percibir una tasa por los costes externos salvo si se aplica un recargo recordemos que los recargos se imponen en las tasas por uso de infraestructuras . Este tenor cubre los supuestos de carreteras que podrían ser objeto de recargos pero que no se ejecutan por criterios internos o de sensibilidad política: por ejemplo una carretera transitada principalmente por nacionales del Estado miembro en cuestión fundamentalmente en Estados montañosos como Austria . La Comisión, así, no da opciones a obtener ningún otro ingreso por costes externos.

El importe del recargo se deducirá del importe de la tasa por los costes externos calculada con arreglo al artículo 7 quater.

El artículo 7 septies propuesto supone una remodelación del actual artículo 7.10 que regula las **variaciones** de los peajes. En efecto, se establece que los pe-

² El artículo 7.10 establece lo siguiente: a in perjuicio de lo dispuesto en el apartado 9 en lo que se refiere a los peajes medios ponderados, los Estados miembros podrán modular los importes de los peajes por motivos. como la lucha contra el daño medioambiental, la lucha contra la congestión del tráfico, la limitación de los daños a la infraestructura, la utilización óptima de la infraestructura de que se trate o el fomento de la seguridad vial, siempre y cuando dicha modulación:

- Est en proporción con el objetivo que se trata de lograr.
- sea transparente y no discriminatoria, en particular con respecto a la nacionalidad del transportista, al país o lugar de establecimiento del transportista o de matriculación e vehículo y al origen o destino del transporte.
- No tenga por objeto generar mayores ingresos en concepto e peajes, por lo que todo aumento no previsto de ingresos que d lugar a peajes medios ponderados que o se ajusten a lo dispuesto en el apartado 9 se contrarrestará mediante cambios en la estructura de la modulación, que deberán aplicarse dentro de los dos años siguientes al final del ejercicio contable en que se hayan producido los ingresos adicionales.
- Respete los umbrales máximos de flexibilidad indica dos en la letra b .
- b siempre que se cumplan las condiciones de la letra a , podrán variarse las tarifas de peaje en función de:
 - i la clase EUR de emisiones establecida en el anexo 0, incluido el nivel de P y N , siempre que ningún peaje supere en más del 100 % el peaje cobrado a los vehículos equivalentes que cumplan las normas de emisiones más estrictas, y/o.
 - ii la hora del día, el tipo de día o de estación, siempre y cuando:
 - i ningún peaje supere en más del 100 % el peaje cobrado durante el período más barato del día o durante el tipo de día o estación más barato, o.
 - ii en caso de que se aplique una tarifa cero durante el período más barato, la penalización por el período más caro del día o el tipo de día o estación más caro no exceda en más del 50 % del importe del peaje que, de no ser así, se aplicaría al vehículo de que se trate.
- Los Estados miembros deberán modificar las tarifas de peaje aplicadas de conformidad con el primer guión en 2010 a más tardar o, en el caso de un contrato de concesión, cuando se renueve dicho contrato.
- No obstante, los Estados miembros estarán exentos del cumplimiento de este requisito en caso de que:
 - i socavara gravemente la coherencia de los sistemas de peaje en sus territorios,.
 - ii por lo que respecta al sistema de peaje en cuestión, no fuera técnicamente viable introducir dicha diferenciación,.
 - iii diera lugar a la desviación de los vehículos más contaminantes de la red transeuropea de carreteras.
- con los consiguientes efectos en la seguridad vial y la salud pública.
- Dichas exenciones se notificarán a la Comisión.
- c siempre que se cumplan las condiciones de la letra a , las tarifas de peaje podrán, en casos excepcionales para proyectos específicos de alto interés europeo, estar sometidas a otras formas de modulación a fin de garantizar la viabilidad comercial de tales proyectos, cuando estén expuestos a la competencia directa con otros modos de transporte para vehículos. La estructura tarifaria resultante deberá ser lineal y proporcionada, hacerse pública y estar a disposición de todos los usuarios en las mismas condiciones, y no deberá acarrear costes adicionales que se repercutan a otros usuarios en forma de peajes más elevados. La Comisión verificará el cumplimiento de las condiciones del presente apartado antes de la aplicación de la estructura tarifaria de que se trate.

jes basados exclusivamente en el uso de la **infraestructura** se variarán según **las categorías EURO** de emisión de los vehículos y no podrán ser superiores en más de un 100% al peaje cobrado a los vehículos que cumplan con las normas EUR más estrictas. Si un conductor a la hora de un control, no puede certificar con documentos la categoría EUR del vehículo, el Estado miembro podrá aplicarle el nivel máximo de peaje exigible. Los peajes basados exclusivamente en el uso de la infraestructura podrán variarse **para aliviar la congestión, reducir la degradación de la infraestructura o mejorar la misma y favorecer la seguridad** vial siempre que dicha variación sea transparente, pública y aplicada según los criterios de una hora de un día, un día o temporada además, dicha variación no podrá ser superior en más de un 100% al peaje cobrado durante la hora, día o temporada que sea más barato. Como vemos, son variaciones sobre tasas por infraestructuras basadas en conceptos relacionados con costes externos. Las variaciones mencionadas no tendrán ánimo de generar ingresos adicionales si existiera un incremento involuntario de los ingresos las variaciones se modificarán en un plazo de dos años a partir del final del ejercicio contable en el que se haya generado los beneficios adicionales. Esta regla es la que hace que se cumpla el principio de recuperación de costes del artículo 7.1 ter.

Si un peaje contiene una tasa por costes externos, las variaciones antes mencionadas no se aplicarán a la parte del peaje consistente en una tasa por uso de la infraestructura. Es decir, si se varía una tasa por uso de infraestructura según la categoría Euro, la tasa por coste externo parte del peaje no podrá incluir el concepto de emisiones, ya que se incluye como variación en la tasa del uso de infraestructura.

El **artículo 7 octies propuesto** regula la documentación a aportar en los peajes que contengan tanto tarificación por uso de infraestructura como por coste externo. Al menos **seis meses** antes de la aplicación de un nuevo régimen de peaje con **tarificación por el uso de la infraestructura**, los Estados miembros tendrán que enviar a la Comisión :

- a En el caso de los peajes en régimen distinto al de concesión:
 1. Los valores unitarios y demás parámetros utilizados para calcular los distintos elementos de costes de las infraestructuras.
 2. Información clara sobre los vehículos afectados por el régimen de peaje, la extensión geográfica de la red o la parte de la red que entre en cada cálculo de costes, y el porcentaje de costes cuya recuperación se proyecta.
- b En el caso de los peajes en régimen de concesión:
 1. Los contratos de concesión o sus modificaciones importantes.
 2. La hipótesis de base en la que el concedente haya basado el anuncio de concesión, según lo indicado en el Anexo VII B de la Directiva 2004/18/CE esa hipótesis de base deberá incluir una estimación de los costes que se definen en el apartado 1 del artículo 7 ter, contemplados en el marco de la concesión, y las previsiones de tráfico, desglosadas por tipos de vehículos, niveles de peaje previstos y extensión geográfica de la red afectada por el contrato de concesión.

La propuesta de modificación de la Directiva sobre **trámites a los vehículos pesados de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras** Directiva Euroviñeta

La Comisión tendrá seis meses para decidir y comunicar si se cumplen las condiciones. En un plazo de seis meses tras la recepción de toda la información necesaria la Comisión dictaminará si se cumplen las obligaciones contempladas en el artículo 7 quinquies. Los dictámenes de la Comisión se pondrán a disposición del Comité indicado en el artículo 9 quater.

En caso de un **peaje con tarificación por los costes externos**, con un mínimo de seis meses anteriores a su aplicación, los Estados miembros enviarán a la Comisión:

- a Información precisa sobre la ubicación de los tramos de la carretera donde vaya a percibirse la tasa por los costes externos, con una descripción de las categorías de vehículos, los tipos de carretera y los periodos exactos en función de los cuales vaya a variar la tasa por los costes externos.
- b La tasa media ponderada por los costes externos proyectada y los ingresos totales previstos.
- c El nombre de la autoridad designada de conformidad con el apartado 3 del artículo 7 quater para fijar el importe de la tasa, y el de su representante.
- d Los parámetros, datos e información necesarios para demostrar la aplicación del método de cálculo fijado en el Anexo III bis.

En un plazo de seis meses a partir de la recepción de la mencionada información la Comisión podrá solicitar al Estado miembro correspondiente que adapte la tasa propuesta si considera que se incumplen las obligaciones establecidas en los artículos 7 ter, 7 quater, 7 decies o en el apartado 2 del artículo 9 *ver infra*. La Comisión comunicará su decisión al Comité mencionado en el artículo 9 quater *ver infra*.

²⁷ El vigente artículo 7 bis apartados 4 y 5 regula los mencionados trámites de la siguiente manera:

4. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión, como mínimo cuatro meses antes de la puesta en marcha de un nuevo sistema de peajes:

- a En el caso de los sistemas de peaje que no conlleven peajes de concesión:

los valores unitarios y demás parámetros que utilicen para calcular los diferentes elementos de coste.

Información clara sobre los vehículos incluidos en sus respectivos regímenes de peaje, la extensión geográfica de la red, o parte de ella, utilizada para cada cálculo de coste y el porcentaje de los costes que pretendan recuperar.

- b en el caso de los sistemas de peaje que conlleven peajes de concesión:

Los contratos de concesión o las modificaciones sustanciales de dichos contratos.

Las hipótesis de referencia en que el poder adjudicador ha basado el anuncio de concesión a que se refiere el anexo VII B de la Directiva 2004/18/CE las hipótesis de referencia incluirán la estimación de los costes definidos en el artículo 7, apartado 9, y previstos en el marco de la concesión, las previsiones de tráfico desglosadas por tipos de vehículo, los niveles de peaje previstos y la extensión geográfica de la red cubierta por el contrato de concesión.

5. Los Estados miembros informarán asimismo a la Comisión, al menos cuatro meses antes de su aplicación, de los nuevos regímenes de peaje aplicables a las carreteras paralelas a las que puede desviarse tráfico procedente de la red transeuropea de carreteras y/o que están en competencia directa con determinadas partes de dicha red a las que se aplican peajes. Esta información incluirá como mínimo una explicación sobre el alcance geográfico de la red sujeta a peaje, los vehículos a los que se aplica y los niveles de peaje previstos, junto con una explicación de cómo se determinó el nivel del peaje.

El artículo 7 bis apartado 4 establece que para los sistemas de peaje que no conlleven concesión instaurados después de 10 de junio de 2008 y los peajes de concesión instaurados después del 10 de junio de 2008, la Comisión tendrá cuatro meses tras la recepción de información para indicada en el apartado 4 para analizar si los requisitos se han cumplido. El mismo artículo establece que para los regímenes de peaje del apartado 5, la Comisión podrá emitir un dictamen sobre la proporcionalidad, transparencia y su posible impacto en la competencia y libertad de circulación de mercancías.

Reiterando la voluntad establecida en la Comunicación sobre una estrategia relativa a la internacionalización de los costes externos, el **nuevo artículo 7 nonies** no permite a los Estados miembros conceder descuentos o reducciones relativas a la tarificación de los costes externos de un peaje, sometiendo a **dos condiciones** la concesión de las mismas en las tasas por el uso de la infraestructura:

- a) si la estructura tarifaria resultante es proporcionada y pública, puede ser consultada por todos los usuarios en términos de igualdad y no redundar en la repercusión a otros usuarios de los costes adicionales en forma de peajes más elevados
- b) si tales descuentos o reducciones generen ahorros efectivos en gastos administrativos y no superen el 13 % de la tasa por el uso de la infraestructura abonada por los vehículos equivalentes sin derecho al descuento o a la reducción.

Aparte de las condiciones establecidas para las variaciones de las tasas por uso de las infraestructuras en el artículo 7 *septies*²⁹, las tarifas de los **peajes podrán variar en casos excepcionales**, para proyectos específicos de alto interés europeo, y estar sujetas a otras formas de variación a fin de asegurar la viabilidad económica de esos proyectos, cuando estén expuestas a una competencia directa con otros modos de transporte de vehículos. De nuevo, la tasa final deberá ser proporcionada, pública y no redundar en la repercusión a otros usuarios de los costes adicionales en forma de peajes más elevados. La Comisión comprobará el cumplimiento de esas condiciones antes de la aplicación de la misma.

El **artículo propuesto 7 decies**, mantiene en sus dos primeros apartados el mismo espíritu de la Directiva vigente artículo 7.5 y 7. imponiendo la obligación de los Estados miembros de establecer métodos de cobro de tasas de usuario y peajes y de supervisión de dichos pagos de manera que perturben lo mínimo posible la fluidez del tráfico. Se deberá evitar el control obligatorio en las fronteras interiores en la Comunidad. Los métodos de pago deberán funcionar las 24 horas del día, al menos en los principales puntos de venta, siendo válidos todos los medios de pago corrientes. Se deberá prestar atención a la seguridad vial en el establecimiento de dichos métodos. Los Estados miembros colaborarán para la plena operatividad de tales medios y métodos. Se prohíbe que las modalidades de recaudación de los peajes y

²⁸ El artículo vigente 7.4 ter establece lo siguiente:

Dado que las estructuras tarifarias que implican descuentos o reducciones de los peajes para los usuarios habituales pueden generar para el operador de la infraestructura ahorros reales en los costes administrativos, los Estados miembros podrán prever tales descuentos o reducciones con la condición de que:

Cumplan las condiciones fijadas en el apartado 10, letra a).

Cumplan lo dispuesto en el artículo 7, en particular sus artículos 12, 49, 8 y 87.

No provoquen distorsiones de la competencia en el mercado interior.

La estructura tarifaria resultante sea lineal y proporcionada, esta a disposición de todos los usuarios en las mismas condiciones y no conlleve costes adicionales que se repercutan a otros usuarios en forma de peajes más elevados.

Los mencionados descuentos o reducciones no deberán en ningún caso superar el 13 % del peaje pagado por vehículos equivalentes que no puedan acogerse al descuento o reducción de que se trate.

²⁹ En especial las condiciones establecidas en la letra b) del apartado 3 del artículo 7 *septies* y en el apartado 4 del artículo 7.

³⁰ En el mismo tenor que en artículo vigente 7.10 C) ver supra aunque, como hemos reiterado, dedicado este último a su propio concepto de peaje.

La propuesta de modificación de la Directiva sobre peajes para los vehículos pesados de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras Directiva Euroviñeta

de las tasas de usuarios supongan desventajas financieras o de otra índole para los usuarios no habituales de la red de carreteras. En particular, el artículo establece que si un Estado miembro recauda peajes o tasas de usuario exclusivamente con un sistema de peaje que exija el uso de una unidad instalada a bordo del vehículo, se ha de garantizar que todos los usuarios puedan adquirir, sin excesivas dificultades administrativas y a un precio razonable, unidades de instalación a bordo que cumplan con los requisitos de la Directiva 2004/52/CE .

La propuesta reitera su afán de transparencia estableciendo que el Estado miembro que imponga una tasa por los **costes externos** a un vehículo deberá indicar el importe de esa tasa en un recibo de obligada entrega al transportista.

El sistema electrónico que permita la percepción y recaudación de las tasas por costes externos deberá ajustarse al artículo 2.1 de la Directiva 2004/52 y deberá poderse extender a otros tramos de la carretera sin necesidad de barreras.

En embargo, hasta el 31 de diciembre de 2013, las tasas por los costes externos se percibirán y recaudarán mediante los sistemas de peaje existentes. En tales casos, los Estados miembros interesados deberán notificar a la Comisión, a más tardar el 31 de diciembre de 2013, sus planes de instalación de los nuevos sistemas en cumplimiento de los requisitos mencionados con anterioridad.

El **artículo propuesto 7 undecies** reitera el vigente artículo 7 ter que permite a los Estados miembros conceder **compensaciones** por peajes en caso de que estuviere sólo compuesto por costes externos o tasas por uso de infraestructura en la presente Directiva permite ambas conjuntamente, en el sentido vigente de ambos conceptos , sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 87 y 88 del Tratado de las ayudas de estado .

En el artículo 8 vigente se regula la posibilidad de que dos Estados miembros cooperen en el establecimiento de un sistema común de **tasas** (de usuario o por uso de infraestructura) que se apliquen en ambos territorios en cooperación con la Comisión. Las mencionadas tasas aplicadas de manera común deberán cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 7 se entiende que según el tenor que quede con la propuesta . Además, el artículo 8.2 vigente establece unos requisitos: las tasas comunes no podrán ser superiores a los máximos establecidos en el artículo 7.7 el pago de dicha tasa ha de permitir el acceso a la red definida por los estados miembros en cumplimiento del artículo 7.1. Además, dicho sistema común podrá abrirse a otros Estados miembros. El reparto de ingresos entre Estados deberá hacerse de manera equitativa. El artículo vigente 8 bis, que no se modifica, asegura el uso transparente de dicho sistema común de peajes y tasas pero se referirá con el nuevo texto tanto a tasas de usuario como por uso de infra-estructura .

³¹ Directiva 2004/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la interoperabilidad de los sistemas de telepeaje de las carreteras de la Comunidad.

³² Ver supra. se refiere al artículo vigente. El artículo 8.2 no se ha modificado pero sigue haciendo mención a un artículo que va a ser sustituido por la propuesta con otra nomenclatura siete bis apartado 2 .

La propuesta de Directiva añade un **nuevo artículo 8 ter** en el que regula los sistemas comunes de **peaje** para los territorios de dos o más Estados miembros. La Comisión deberá estar asociada a la creación y modificación del sistema, que deberá estar abierto a otros Estados miembros y este deberá cumplir con los requisitos de los artículos 7 a 7 undecies.

El artículo 9.1 de la Directiva en vigor (Capítulo IV, Disposiciones finales), que no es objeto de reforma, regula los impuestos que los Estados miembros pueden aplicar de manera no discriminatoria junto a las tasas o peajes mencionados en la Directiva: impuestos de matriculación, en concepto de peso o dimensiones especiales, estacionamiento o especiales relacionados con tráfico urbano.

La propuesta de Directiva establece la sustitución de los actuales apartados 9.1 bis y 9.2.

En efecto, el **artículo 9.1 bis propuesto** establece que la Directiva permitirá que los Estados miembros apliquen, de forma no discriminatoria, tasas reguladoras específicamente concebidas para reducir la congestión del tráfico o luchar contra las repercusiones medioambientales, incluida la mala calidad del aire, en cualquier **carretera urbana** situada en una **zona edificada**. Dicho tenor, como en la Directiva vigente, excluye las carreteras urbanas del objeto de la propuesta, permitiendo otro tipo de tasas afines.

El **artículo 9.2 propuesto** versa sobre el destino de los fondos adquiridos:

Los Estados miembros donde se perciban **tasas por los costes externos velarán** por que los ingresos generados por esas tasas se destinen a la ejecución de medidas dirigidas a fomentar una tarificación eficiente, reducir la contaminación provocada por el transporte en su origen y mitigar sus efectos, mejorar las prestaciones en materia de emisiones de CO₂ y el rendimiento energético de los automóviles y desarrollar infraestructuras alternativas para los usuarios de los transportes.

Los Estados miembros donde se perciban tasas **por el uso de la infraestructura determinarán el destino** de los ingresos generados por esas tasas. A fin de permitir el desarrollo de la red de transporte en su conjunto, los ingresos generados por esas tasas **deben** utilizarse en beneficio del sector del transporte y para optimizar la totalidad del sistema de transportes. Es evidente que en la propuesta, la libertad de los Estados miembros es más amplia en el caso de los costes externos.

³³ El vigente artículo 9.1 bis regula la aplicación no discriminatoria de tasas reguladoras destinadas a combatir la congestión del tráfico afectada a momentos o lugares determinados y de tasas reguladoras destinadas a combatir los impactos sobre el medio ambiente incluida la calidad del aire en cualquier carretera, en particular zonas urbanas, incluidas las carreteras de la red transeuropea que crucen una zona urbana.

³⁴ El artículo 9.2 vigente no distingue entre costes externos e infraestructura y permite a los Estados miembros decidir el destino de los fondos obtenidos a través de los gravámenes sobre la infraestructura vial, sólo declara que los ingresos obtenidos deben utilizarse en beneficio del sector del transporte y para optimizar la totalidad del sistema de transportes.

La propuesta de modificación de la Directiva sobre **trácamenes a los vehículos pesados de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras** Directiva Euroviñeta

La propuesta de Directiva establece la sustitución de los artículos 9 ter y 9 quater. **El artículo 9 ter propuesto** establece que la Comisión facilitará el diálogo y el intercambio de conocimientos técnicos entre los Estados miembros en relación con la aplicación de la presente Directiva y, en particular, de sus Anexos. La Comisión adaptará los Anexos 0 límites de emisión, III principios fundamentales para la imputación de costes y el cálculo de peajes, III bis requisitos mínimos para la percepción de una tasa por los costes externos y elementos de costes externos imputables máximos y IV determinación indicativa de la clase de vehículo al progreso científico y técnico y los Anexos I tipos mínimos de los impuestos aplicables a los vehículos y II importes máximos en euros correspondientes a las tasas, incluidos los costes administrativos, a que se refiere el apartado 7 del artículo 7 a la inflación. Esas medidas, modificadoras de elementos no esenciales de la presente Directiva, se adoptarán de conformidad con el procedimiento de reglamentación con control a que se refiere el apartado 3 del artículo 9 quater.

El **artículo 9 quater propuesto** regula el Comité que aparece en el artículo 7 sexties punto 4 recargos por peaje por uso infraestructura y siete octies puntos 2 y 4 notificación y requisitos para la aplicación de un nuevo régimen de peaje por uso infraestructura, que recibirá los dictámenes de la Comisión relativos a los requisitos mencionados en dichos artículos ver supra :

1. La Comisión estará asistida por un Comité.
2. En los casos en que se haga referencia al presente apartado, serán de aplicación los artículos 3 y 7 de la Decisión 1999/4 8/CE, sin perjuicio del artículo 8 de la misma.

³⁵ La actual Directiva hace referencia al diálogo y al intercambio de conocimientos técnicos en relación al Anexo III y a la labor de actualización y clarificación de los anexos 0, III y IV en función de los progresos técnicos y los anexos I y II en función de la inflación.

³ Artículo 3 de la Decisión 1999/4 8 por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión establece lo siguiente en relación al procedimiento consultivo.

1. La Comisión estará asistida por un Comité consultivo compuesto por los representantes de los Estados miembros y presidido por el representante de la Comisión.
2. El representante de la Comisión presentará al Comité un proyecto de medidas. El Comité emitirá su dictamen sobre dicho proyecto en un plazo que el presidente podrá fijar en función de la urgencia, procediendo, cuando sea necesario, a una votación.
3. El dictamen constará en acta además, cada Estado miembro tendrá derecho a pedir que su posición conste en acta.
4. La Comisión tendrá en cuenta en la mayor medida posible el dictamen emitido por el Comité. Informará al Comité de la manera en que ha tenido en cuenta dicho dictamen.

El artículo 7 del mismo texto:

1. Cada Comité aprobará su reglamento interno a propuesta de su presidente, basándose en el reglamento interno estándar que se publicará en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Los Comités existentes adaptarán sus reglamentos internos al reglamento interno estándar en la medida en que ello sea necesario.
2. Serán aplicables a los Comités los principios y condiciones sobre acceso del público a los documentos aplicables a la Comisión.
3. La Comisión informará regularmente al Parlamento Europeo de los trabajos de los Comités. A tal efecto, el Parlamento Europeo recibirá el orden del día de las reuniones de los Comités, los proyectos presentados a los Comités relativos a medidas de ejecución de actos adoptados con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado, así como el resultado de las votaciones, las actas resumidas de las reuniones y las listas de las autoridades y organismos a que pertenezcan las personas nombradas por los Estados miembros para que los representen. Asimismo, se informará al Parlamento Europeo siempre que la Comisión transmita al Consejo medidas o propuestas de medidas para su adopción.
4. En el plazo de seis meses a partir del día en que la presente Decisión surta efectos, la Comisión publicará en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas una lista de todos los Comités que colaboran con la Comisión en el ejercicio de sus competencias de eje-

3. En los casos en que se haga referencia al presente apartado, serán de aplicación los apartados 1 a 4 del artículo 5 bis y el artículo 7 de la Decisión 1999/4 8/ CE, sin perjuicio del artículo 8 de la misma .

La propuesta establece la **sustitución del vigente artículo 11 por el texto siguiente:**

1. A más tardar el 31 de diciembre de 2012, por primera vez, y, posteriormente, cada cuatro años, los Estados miembros que perciban una tasa por los costes externos o una tasa por el uso de la infraestructura deberán presentar un informe sobre los peajes percibidos en su territorio y remitírselo a la Comisión. El informe incluirá información sobre los puntos siguientes:
 - a La tasa media ponderada por los costes externos y los importes específicos percibidos por cada combinación de categoría de vehículos, tipo de carretera y periodo.
 - b Los ingresos totales recaudados mediante la tasa por los costes externos y el destino dado a esos ingresos.
 - c La tasa media ponderada por el uso de la infraestructura y los costes totales recaudados mediante esa tasa.
2. A más tardar el 31 de diciembre de 2013, la Comisión presentará un informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación y los efectos de la presente Directiva, especialmente en lo que respecta a la eficacia de las disposiciones sobre recuperación de los costes relacionados con la congestión y la contaminación provocada por el tráfico, y a la inclusión de los vehículos de más de 3,5 toneladas y menos de 12 toneladas. El informe evaluará también los aspectos siguientes:
 - a La pertinencia de integrar en el cálculo de los peajes otros costes externos, especialmente los costes de las emisiones de dióxido de carbono, en caso de que la definición de un impuesto común sobre el carburante no tenga resultados satisfactorios, los costes de los accidentes y los costes de la pérdida de biodiversidad.
 - b La pertinencia de ampliar el ámbito de **aplicación de la Directiva a otras categorías de vehículos.**
 - c La posibilidad de revisar la clasificación de los vehículos a fin de modular los peajes, teniendo en cuenta sus repercusiones medias en el medio

las Comunidades Europeas una lista de todos los Comités que colaboran con la Comisión en el ejercicio de sus competencias de ejecución. La lista especificará, en relación con cada Comité, el acto o los actos de base en virtud de los cuales se haya creado el Comité. A partir del año 2000, la Comisión publicará asimismo un informe anual sobre los trabajos de los Comités.

5. En el año 2001 la Comisión creará un registro accesible al público con las referencias de todos los documentos enviados al Parlamento Europeo en aplicación de lo dispuesto en el apartado 3.

³⁷ La Decisión 1999/ 4 8 fue modificada para permitir al Parlamento Europeo participar en Comitología. Esos apartados se refieren a dicha modificación Comitología con control del Parlamento.

³⁸ Artículo 8: En caso de que el Parlamento Europeo manifieste, mediante resolución motivada, que un proyecto de medidas de ejecución cuya adopción se contemple y que haya sido sometido a un Comité en virtud de un acto de base adoptado con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado, va más allá de las competencias de ejecución contempladas en el acto de base, la Comisión examinará nuevamente dicho proyecto. Teniendo en cuenta la mencionada resolución, la Comisión podrá, respetando los plazos del procedimiento en curso, presentar al Comité un nuevo proyecto de medidas, continuar el procedimiento o presentar al Parlamento Europeo y al Consejo una propuesta basada en el Tratado.

La propuesta de modificación de la Directiva sobre **trámites a los vehículos pesados de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras** Directiva Euroviñeta

ambiente, la congestión y la infraestructura, sus prestaciones en materia de emisiones de CO₂ y su rendimiento energético, así como la viabilidad práctica y económica de la percepción y el control de la aplicación de los sistemas de peaje.

- d) La viabilidad técnica y económica de introducir, en las principales carreteras interurbanas, tasas mínimas basadas en la distancia recorrida el informe determinará los tipos de carretera en los que podrán cobrarse esas tasas, las posibles vías de percepción y control de la aplicación de esas tasas de manera rentable y un método sencillo común de fijación de las tasas mínimas.

El artículo propuesto actualiza la labor de análisis de resultados de la nueva propuesta acorde con su contenido. Como curiosidad mencionar que en el vigente artículo 11 consagra la obligación de la Comisión de presentar antes del 10 de junio de 2008 un modelo de evaluación de costes externos junto a una estrategia para su aplicación a otros modos de transportes, y, en su caso, una propuesta de revisión de la Directiva euroviñeta, labor que la Comisión ha cumplido en el marco del paquete transporte verde.

En relación al Anexo III de la Directiva en vigor principios fundamentales para la imputación de costes y el cálculo de peajes la propuesta incluye **la sustitución del párrafo primero**, por un texto en el que precisa que el Anexo III contendrá los principios relativos para el cálculo de las **tasas medias ponderadas por uso de la infraestructura**:

El presente Anexo define los principios fundamentales para el cálculo de **las tasas medias ponderadas por el uso de la infraestructura**, con el fin de ajustarse a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 7 ter. No obstante la obligación de que los peajes guarden relación con los costes, los Estados miembros podrán decidir, de conformidad con el apartado 3 del artículo 7 ter, no recuperar la totalidad de los costes mediante los ingresos en concepto de peaje, o, de conformidad con el artículo 7 septies, no ajustar al promedio el importe de determinados peajes.

al y como establece una nota a pie de página relativa al primer párrafo del Anexo III: Estas disposiciones, junto con la flexibilidad ofrecida en cuanto al modo en que se recuperan los costes a lo largo del tiempo véase el tercer guión del punto 2.1 del Anexo III dejan un margen considerable para fijar los peajes en niveles que resulten aceptables para los usuarios y se adapten a los objetivos específicos de la política de transportes de cada Estado miembro. Además, en el segundo guión del punto

³⁹ Regula las variaciones.

⁴⁰ El punto 2 del Anexo 3 regula los costes de infraestructura y en el punto 2.1 versa sobre los costes de inversión. El tercer guión del punto 2.1 establece que sin perjuicio de los costes de inversión, la recuperación de los costes podrá distribuirse uniformemente a lo largo del período de amortización o de forma ponderada durante los primeros años, los años intermedios o los últimos años de dicho período, siempre que esa ponderación se haga de manera transparente además, la recuperación de costes podrá establecer la indexación de los peajes a lo largo del período de amortización.

1 del Anexo III , los términos artículo 7 bis apartado 1 se sustituirán por los términos apartado 3 del artículo 7 ter

La tasa por uso de la infraestructura se basa en el principio de recuperación de costes de la infraestructura. El Anexo III prev unos principios e índices para recuperar el dinero gastado en infraestructuras mediante el cálculo de la tasa media ponderada por uso de infraestructura que consiste en un índice de referencia. Es decir, dicha recuperación se hace a través de la noción de tasa media ponderada de uso de infraestructura. El Anexo III prev unos principios e índices calcular dicha tasa media ponderada. En realidad, la administración prev gastos en infraestructura en una carretera, los adelanta y la tasa media es un mecanismo para calcular la recuperación de algunos costes si quiere con la tasa por uso de infraestructura. La tasa media ponderada por uso de infraestructura es sólo una herramienta para recuperar costes no forma parte de la noción de peaje. El objeto del Anexo III reformado es el cálculo de dicha tasa media ponderada. Podríamos pensar que entonces el cálculo de la tasa por uso de infraestructuras no es objeto de la Directiva, pero en realidad la tasa media ponderada es la manera de hacer el cálculo para poder aplicar una tasa concreta a los camioneros.

4. LA PRINCIPAL NOVEDAD DE LA PROPUESTA: EL ANEXO III BIS

La propuesta establece que tras el Anexo III se insertará un Anexo III bis que regulará la percepción de la tasa por costes externos.

El Anexo fija los requisitos mínimos aplicables a la percepción de una tasa por los costes externos y los elementos de costes máximos que está permitido incluir en el cálculo del importe de dicha tasa.

4.1. Partes de la red afectadas

Los Estados miembros deberán especificar con precisión la parte o las partes de la red que van a estar sujetas a una tasa por los costes externos. Dicha decisión se tomará tras haber realizado un análisis que determine que:

La utilización de vehículos en las carreteras donde se aplique la tasa por los costes externos provoca unos daños al medio ambiente y unos niveles de congestión supe-

¹⁴¹ Dicho punto 1 del anexo III se refiere a la definición de red y de los vehículos incluidos. El segundo guión vigente establece lo siguiente: En caso de que un Estado miembro decida adoptar sistemas diferentes de recuperación de costes según las distintas partes de su red como permiten las disposiciones del **artículo 7 bis, apartado 3** , se calcularán por separado los costes correspondientes a cada una de las partes claramente definidas de la red. Los Estados miembros podrán optar por dividir sus respectivas redes en varias partes claramente definidas, a fin de establecer acuerdos de concesión o similares específicos para cada parte. El apartado 3 del artículo 7 ter: Los costes tomados en consideración corresponderán a la red o parte de la red en la que se perciban peajes y a los vehículos sujetos al pago de los mismos. Los Estados miembros podrán optar por recuperar sólo un porcentaje de dichos costes .

La propuesta de modificación de la Directiva sobre peajes aplicables a los vehículos pesados de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras Directiva Euroviñeta

riores a los registrados, en promedio, en otras partes de la red de infraestructura vial no sujetas al pago de esa tasa o que la imposición de una tasa por los costes externos en otras partes de la red podría tener efectos adversos para el medio ambiente, la congestión o la seguridad vial, o bien que la percepción y recaudación de ese tipo de tasa en esas otras partes de la red vial entrañaría costes desproporcionados.

4.2. vehículos, carreteras y periodos afectados

El Anexo establece una obligación de notificación a la Comisión por parte de los Estados miembros relativa a la clasificación de los vehículos en función de la cual variará el peaje. Además, deberán notificar a su vez la localización de las carreteras sujetas a las tasas por los costes externos más elevadas denominadas carreteras suburbanas y menos elevadas en lo sucesivo denominadas otras carreteras interurbanas .

Cuando así proceda, deberán también notificar a la Comisión los periodos exactos que configuran el periodo nocturno y los diversos periodos punta diario, semanal o estacional en los que puede imponerse una tasa por los costes externos más elevada.

Al celo de notificación se une una voluntad firme de basar las decisiones en criterios palpables, mensurables y objetivos: La clasificación de las carreteras y la definición de los citados periodos se basarán en criterios objetivos relacionados con el nivel de exposición de las carreteras y sus inmediaciones a la congestión y la contaminación, como la densidad de población, la frecuencia a lo largo de un año de picos de contaminación medidos con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 9 / 2/CE, el tráfico diario y horario medio y el nivel de servicio porcentaje del día o del año durante el que la carretera se utiliza a plena capacidad o por encima de los límites de capacidad, retrasos medios y/o longitud de los atascos . Los criterios utilizados se indicarán en la notificación.

4.3. Importe de la tasa

El importe de la tasa será establecido por la autoridad independiente para cada categoría de vehículo, tipo de carretera y periodo, siempre guiada por el principio de tarificación eficiente , es decir, la fijación de un precio cercano al coste social marginal de la utilización del vehículo sometido a la tasa . La estructura tarifaria deberá ser transparente y pública y estar a disposición de todos los usuarios en términos de igualdad .

Los factores a tener en cuenta para determinar la tasa serán el riesgo de desviación del tráfico y sus posibles efectos adversos para la seguridad vial, el medio ambiente y la congestión además, se deberán estudiar soluciones para esos riesgos.

Además, se controlará la eficacia de las tasas y en función de la evolución de la demanda del transporte, se ajustará la estructura tarifaria y su importe.

La autoridad independiente controlará la eficacia del régimen de tarificación para reducir los daños medioambientales derivados del transporte por carretera y mitigar la congestión en los lugares donde se aplique. En función de la evolución de la demanda de transporte, la autoridad ajustará regularmente la estructura tarifaria y el importe específico de la tasa fijada para cada categoría de vehículo, tipo de carretera y periodo.

4.4. Elementos de costes externos

$$s_{e,e} = s_{f,e} + \bar{f}_{e,e}$$

Cuando un Estado miembro opte por incluir total o parcialmente el coste de la contaminación atmosférica provocada por el tráfico en la tasa por los costes externos, la autoridad independiente calculará dicho coste aplicando la siguiente fórmula:

$PCV_{ij} = E_i \times PC_j$, siendo:

PCV_{ij} : el coste de la contaminación atmosférica emitida por el vehículo de categoría i en una carretera de tipo j euros/vehículo. kilómetro.

E_i : el factor de emisión del contaminante e y el vehículo de categoría i gramo/kilómetro.

PC_j : el coste monetario del contaminante e para el tipo de carretera j euro/gramo.

Pero se recurrirá a los valores unitarios del Cuadro 1 si éstos son inferiores a los valores obtenidos mediante la fórmula:

Cuadro 1: Coste de la contaminación atmosférica de los vehículos⁴²

Categoría de euro/vehículo. kilómetro	Carreteras suburbanas	Carreteras interurbanas
EUR 0	1	13
EUR I	11	8
EUR II	9	8
EUR III	7	
EUR IV	4	4
EUR V y menoscontaminante	3	2

Valores en céntimos de euros, año 2000

⁴² Fuente: Anexo III bis.

La propuesta de modificación de la Directiva sobre rarávámenes a los vehículos pesados de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras Directiva Euroviñeta

El mismo apartado 4.1 establece que únicamente se tomarán en consideración las emisiones de partículas y de precursores del ozono como el óxido de nitrógeno y los compuestos orgánicos volátiles. Los factores de emisión serán los mismos que los utilizados por los Estados miembros para elaborar los inventarios nacionales de emisiones contemplados en la Directiva 2001/81/CE sobre techos nacionales de emisión de determinados contaminantes que requiere el uso de la guía común E EP/C RINAIR . El coste monetario de los contaminantes se extraerá del cuadro 13 de la uía para el cálculo de los costes externos en el sector del transporte Handboo on estimation of external cost in the transport sector , ver supra .

Los valores del cuadro 1 corresponden a las medias aritm ticas de los valores recogidos en el cuadro 15 de la uía para el cálculo de los costes externos en el sector del transporte respecto de los vehículos pertenecientes a cuatro categorías de peso. Los Estados miembros podrán aplicar un factor de corrección a los valores del cuadro 1 para reflejar la composición real de la flota en t rminos de tamaño de los vehículos. Además, en las zonas de montaña, los valores del cuadro 1 se podrán multiplicar por un factor máximo de 2 si la pendiente de la carretera, la altitud y/o las inversiones t rmicas lo justifiquen.

La autoridad independiente podrá adoptar m todos alternativos en los que se utilicen datos extraídos de las mediciones de los contaminantes atmosf ricos y el valor local del coste monetario de los contaminantes atmosf ricos, siempre que los resultados no superen a los obtenidos mediante ambas opciones antes presentadas que actúan por tanto como límites máximos, dejando libertad a los Estados miembros optar por otros m todos que den resultados iguales o menores.

De nuevo, se deberán publicar todos los parámetros, datos y demás información necesaria para llevar a cabo el cálculo obtenido.

s e e s r r e

Cuando un Estado miembro opte por incluir total o parcialmente el coste de la contaminación acústica provocada por el tráfico en la tasa por los costes externos, la autoridad independiente, podrá calcular el coste imputable aplicando la fórmula siguiente:

$$NCV_{ij} \text{ día} = NC_j \times P / AD$$

$$NCV_{ij} \text{ noche} = n \times NCV_{ij} \text{ día} , \text{ siendo:}$$

- NCV_{ij}: el coste de la contaminación acústica emitida por el vehículo de categoría i en una carretera de tipo j euro/vehículo. ilómetro .
- NC_j : el coste de la contaminación acústica por persona expuesta en una carretera de tipo j al nivel de ruido euro/persona .

P : población expuesta al nivel diario de ruido por kilómetro persona/ kilómetro.

AD : tráfico diario medio vehículo.

n : coeficiente corrector por periodo nocturno.

La población expuesta al nivel de ruido se determinará con arreglo a los mapas estratégicos de ruido elaborados en virtud del artículo 7 de la Directiva 2002/49/CE sobre evaluación y gestión del ruido ambiental. Además, el coste por persona expuesta al nivel de ruido se extraerá del cuadro 20 de la guía para el cálculo de los costes externos en el sector del transporte. Para el tráfico diario medio, se deberá aplicar un factor de ponderación inferior o igual a 4 entre los vehículos pesados de transporte de mercancías y los turismos.

Pero deberá aplicar los valores unitarios recogidos en el siguiente cuadro 2, si éstos son inferiores a los obtenidos mediante la fórmula:

Cuadro 2: Coste imputable por la contaminación acústica de los vehículos⁴³

Céntimos de euro/ vehículo. kilómetro	Día	Noche
Carreteras suburbanas	1,1	2
Carreteras interurbanas	0,13	0,23

Valores en céntimos de euro, año 2000

Fuente: Guía para el cálculo de los costes externos en el sector del transporte, cuadro 22.

De nuevo, existe una especificación para las zonas de montaña, ya que los valores del cuadro 2 podrán multiplicarse por un factor máximo de 5 en dichas zonas si la pendiente de la carretera, las inversiones topográficas y/o el efecto de anfiteatro lo justifican.

Una vez más, se deberán publicar todos los parámetros, datos y demás información para el modo de cálculo del coste imputable de la contaminación acústica.

4.4.3. Coste de la congestión

Los Estados miembros que cuenten con carreteras congestionadas, podrán optar por incluir total o parcialmente el coste de la congestión en la tasa por los costes externos, siempre que se demuestre que el coste de la congestión impuesto por un vehículo a otros usuarios supera el coste de construcción de las infraestructuras ya imputado a ese vehículo. Si es el caso, la autoridad independiente calculará el coste de la congestión imputable por los distintos periodos mediante la siguiente fórmula:

⁴³ Fuente: Anexo III bis.

La propuesta de modificación de la Directiva sobre **carreteras** a los vehículos pesados de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras **Directiva Euroviñeta**

$$CCV = MEC(Q_0) - IDC$$

$$MEC(Q) = \frac{VOT \times Q}{v(Q)^2} \times \frac{(v(Q) - v(Q - \Delta Q))}{\Delta Q}$$

iendo

CCV: coste de la congestión imputable euro/vehículo. kilómetro .

IDC: coste de construcción de infraestructuras ya imputado euro/vehículo. kilómetro .

Q₀: tráfico horario óptimo vehículo/hora .

EC Q: coste externo marginal de la congestión euro/vehículo. kilómetro .

V : valor del tiempo euro/hora.vehículo .

Q: tráfico horario medio vehículo .

ΔQ: pequeños cambios en el tráfico horario.

v(Q): velocidad media del tráfico kilómetro/hora .

De nuevo, cada cálculo tiene unas reglas: Para el tráfico diario medio, se aplicará un factor de ponderación inferior o igual a 3 entre los vehículos pesados de transporte de mercancías y los turismos. El tráfico horario óptimo se calculará subiendo repetidamente el coste hasta alcanzar un equilibrio entre el tráfico horario y el coste externo marginal de la congestión. La relación entre el coste de la congestión imputable y el coste externo marginal de la congestión será de 0,5. La función velocidad-fluidez se basará en curvas patrón. El valor del tiempo se basará en los estudios más recientes sobre la disposición de los usuarios a pagar .

in embargo, los Estados miembros deberán aplicar los valores unitarios indicados en el cuadro 3 si éstos son inferiores a los obtenidos mediante la fórmula:

Cuadro 3: Coste imputable de la congestión provocada por los vehículos⁴⁵

Categorías de euro/vehículo. kilómetro	Período A	Período B	Período C
Carreteras suburbanas	0	20	5
tras carreteras interurbanas	0	2	7

Valores en céntimos de euro, año 2000

Fuente: Calculado a partir de la Guía para el cálculo de los costes externos en el sector del transporte, cuadro 7

El cálculo de los tres costes externos mencionados sigue la misma dinámica: aplicar la fórmula y si la cantidad que ofrece es mayor que la contemplada en el cuadro correspondiente, se aplican los valores contenidos en este último. Es decir, la Comisión establece unos topes máximos. Además, no hay que olvidar que la im-

⁴⁴ Anexo III bis punto 4.3.

⁴⁵ Fuente :idem.

sición de peajes o tasas de usuarios es una opción de los Estados miembros. Sin embargo, pese a que el texto conceda libertad de aplicación y establezca los límites máximos para las tarifas de costes externos, las negociaciones no serán fáciles.

5. EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN

El Parlamento ha iniciado los trabajos de análisis de la propuesta, siendo el ponente de dicho expediente el eurodiputado socialista Adnane El Adraoui, que ha presentado a la Comisión RAN del Parlamento un documento de trabajo que ha sido objeto de unos primeros intercambios de opiniones en el seno de dicha Comisión. El ponente presentará su proyecto de informe en noviembre y se votará en la Comisión RAN en enero de 2009. Se espera votar la propuesta de Directiva, en primera lectura, a través del informe aprobado en la comisión parlamentaria, en el Pleno en marzo de 2009.

El documento de trabajo defiende la propuesta, sobre todo su vocación de extender el ámbito de la Directiva en vigor, en un afán de lograr un transporte más sostenible. Sin embargo cuestiona la imposición de límites en el anexo III bis, defendiendo la posibilidad de aplicar los resultados tras la aplicación de las fórmulas *ver supra*. Además, el ponente defiende la no restricción de las externalidades, sosteniendo que el informe anual de enero de 2008, sobre el que se basan los métodos de la propuesta, ha demostrado la viabilidad de las mismas. Por ello, no entiende la exclusión de las emisiones de CO₂ o los accidentes. En relación a la congestión, el ponente declara que no hay en el texto ninguna prohibición de que los Estados miembros tansen también a los pasajeros de coches, aparte de los camiones.

El ponente defiende la asignación obligatoria de las rentas procedentes de la internalización, pero muestra su temor a que dicho hecho suponga que el transporte pierda presupuesto procedente de otras fuentes por parte de los poderes públicos. Los poderes públicos han de hacer muestra de transparencia y demostrar que el aumento de ingresos a través de la tasación lleva a un aumento similar en la inversión de infraestructuras sostenibles y en la investigación dedicada al transporte eficaz y sostenible.

El peaje sobre el usuario sería el método ideal salvo por el detalle de que no todos los Estados miembros tienen implantado dicho sistema. El ponente defiende, por tanto y por ahora, una aproximación voluntaria. Sin embargo, defiende la obligación establecida en la propuesta de un informe sobre 2013 sobre el sistema. El ponente considera la posibilidad de proponer a la Comisión que presente propuestas legislativas sobre tarificación obligatoria en la UE.

La Directiva vigente y la nueva propuesta permiten que los sistemas de tarificación se basen en tiempo o distancia. Sin embargo, existe un consenso sobre la mayor justicia y efectividad de la misma cuando se basa en la distancia. El ponente plantea la posibili-

La propuesta de modificación de la Directiva sobre gravámenes a los vehículos pesados de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras Directiva Euroviñeta

dad de poder suprimir los sistemas de tarificación basados en el tiempo. El ponente espera que la propuesta ayude a los Estados miembros a asegurar que sea el contaminador y no el contribuyente el que pague los costes. Además de reducir la polución y los costes que genera, se espera que se creen incentivos para la promoción de un transporte verde y más eficaz. Sin embargo, el ponente resalta que modelos aplicados en el análisis de impacto de la propuesta tienen también sus limitaciones. Por ejemplo, no pueden calcular el impacto en las emisiones del cambio a vehículos más limpios en cada medio de transporte. Sin embargo, en esta fase inicial de las negociaciones, no son pocas las voces que no aprueban las ideas presentadas en el documento de trabajo.

España ha mostrado su reserva en relación a dicha propuesta como ya ha tenido ocasión de manifestar en el Consejo Informal de Ministros de Transportes de la Unión Europea, celebrado en la Rochelle el 1 y 2 de septiembre

España argumentó razones económicas actuales para no modificar la Directiva en vigor :

El sector del transporte por carretera se encuentra en una situación económica más delicada que la existente cuando aprobó la Directiva europea vigente.

El nuevo peaje resultante supondría un encarecimiento de los costes de transporte y, por tanto, un impacto negativo sobre la economía europea y su competitividad. El cálculo de los costes externos, que todavía tienen muchos interrogantes para España, puede dar lugar a situaciones injustas de doble imposición y de competencia desleal.

No es razonable internalizar los costes externos del transporte por carretera, recayendo la carga, exclusivamente sobre los vehículos pesados, cuando dichos costes están asociados, de forma mayoritaria, al vehículo privado.

España defendió que la Directiva Euroviñeta vigente, cuyo plazo de transposición terminó el pasado mes de junio, tiene todavía un amplio desarrollo que aún no ha dado tiempo a aplicar.

España por su condición geográfica periférica en Europa, sufriría un mayor encarecimiento de su transporte por carretera con la nueva propuesta vigente, perjudicando por tanto su comercio exterior. España exporta grandes volúmenes de mercancías perecederas por toda Europa y es por ello muy sensible al coste del transporte.

Las negociaciones prosiguen en los grupos de trabajo del Consejo. La Presidencia francesa pretende llegar a una orientación general o un acuerdo político en el Consejo de diciembre. En la actualidad, para España es muy difícil no tener en cuenta la realidad económica actual del sector del transporte de mercancías por carretera, ni olvidar el impacto que para la economía española puede causar el previsible encarecimiento de los costes de transporte que supondría la nueva modificación propuesta de la Directiva Euroviñeta.

⁴⁵ Fuente: Notas de prensa del Ministerio de Fomento (www.fomento.es)

EL IUS VARIANDI (Y OTRAS CUESTIONES) EN LA DOCTRINA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA CON SEDE EN SEVILLA A PROPÓSITO DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA REVISIÓN DEL PGOU DE SEVILLA

Ignacio Carrasco López

Letrado de la Junta de Andalucía

El título del presente comentario puede parecer algo alambicado, según la segunda acepción del término que ofrece el Diccionario de la RAE, pues no es cuestión de parecer presuntuoso, pero lo cierto es que el propósito de la exposición es el de analizar en qué sentido se ha pronunciado la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla en su tarea de examen de la Revisión del PGOU de Sevilla con ocasión de su impugnación por los particulares, todo ello desde el máximo respeto al ejercicio de la función jurisdiccional.

En cualquier caso, sí ha de señalarse, por vía de principio, que el presente comentario no pretende resumir los puntos comunes que sobre el particular han establecido las sentencias hasta el momento recaídas en estos procesos, sobre todo porque no existen tales puntos comunes no ya entre las sentencias de la misma Sección Segunda sino, a veces, entre las resoluciones de los mismos ponentes.

Para realizar una primera labor de aproximación a la cuestión se hace preciso situar el objeto en su adecuado contexto. La Resolución de 19 de julio de 2006, de la Consejera de Obras Públicas y Transportes, aprueba definitivamente la Revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de Sevilla.

En consecuencia, tratándose de una revisión del planeamiento urbanístico, debemos remitirnos a la definición que, a tal respecto, ofrece el artículo 37.1 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía. Señala el mencionado precepto que “*Se entiende por revisión de los instrumentos de planeamiento la alteración integral de la ordenación establecida por los mismos, y en todo caso la alteración sustancial de la ordenación estructural de los Planes Generales de Ordenación Urbanística.*”.

La revisión es, por tanto, una variación del instrumento de ordenación urbanística, si bien que caracterizado por perfiles que la diferencian de la mera modificación, de la que la LOUA da una definición negativa en su artículo 38.1 LOUA, es decir, modificación es “*Toda alteración de la ordenación establecida por los instrumentos de planeamiento no contemplada en el artículo anterior...*”.

Resulta pacífico tanto en la doctrina como en la jurisprudencia el reconocimiento del *ius variandi* con que cuenta la Administración para el ejercicio de las competencias en materia de planeamiento urbanístico.

En este sentido, la naturaleza normativa del planeamiento, y la necesidad de adaptarlo a las exigencias cambiantes del interés público justifican el *ius variandi* que en este ámbito se reconoce a la Administración (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1987, 7 de noviembre de 1988, 17 de junio de 1989, 4 de mayo de 1990, 11 de febrero de 1991 y 27 de marzo de 1991, entre otras muchas).

El planeamiento delimita el contenido normal del derecho de propiedad y el propio carácter estatutario de la propiedad inmobiliaria implica que dicho contenido será en cada momento el que se derive de la ordenación urbanística. Sobre este particular es unánime la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual, como es bien sabido, la naturaleza normativa del planeamiento y la necesidad de adaptarlo a las exigencias cambiantes del interés público, justifican plenamente el “*ius variandi*” que en este ámbito se reconoce a la Administración, y por ello es claro que la revisión o modificación de un planeamiento no puede, en principio, encontrar límite en la ordenación establecida en otro planeamiento anterior de igual o inferior rango jerárquico. Este “*ius variandi*” reconocido a la Administración por la legislación urbanística se justifica en las exigencias del interés público actuando para ello discrecionalmente -no arbitrariamente- y siempre con observancia de los principios contenidos en el artículo 103 de la Constitución. Esta facultad innovadora de la Administración materializada en la ordenación de un Plan Urbanístico, tiene unos límites propios derivados del necesario acatamiento a los estándares urbanísticos previstos en la legislación general sobre ordenación del suelo, no menos que a la adecuada satisfacción de las necesidades sociales y del interés público a cuyo servicio ha de estar subordinada la ordenación territorial con ausencia, en todo caso, de cualquier tipo de arbitrariedad en la solución de los problemas urbanísticos planteados dentro de una realidad social determinada.

El fundamento de derecho quinto de la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 26 enero 2005, dispone, a estos efectos, que *“En relación con la naturaleza de la Revisión del PGOU debemos reiterar que se trata del exponente del planeamiento urbanístico en el que con mayor intensidad se pone de manifiesto el denominado «ius variandi» de la Administración; concretamente hemos dicho, donde se manifiesta «con mayor energía y rotundidad, habilitando al planificador para alterar en lo sustancial el régimen del suelo, en armonía con los fines públicos que le asigna la Ley del Suelo». Se trata, pues, de una ordenación ex novo sin vinculación por el planeamiento anterior ya que «comporta la adopción de nuevos criterios respecto de la estructura general y orgánica del territorio o de la clasificación del suelo, por las causas que se indican». Resultan, pues, en el supuesto de autos, estériles las referencias al antiguo PGOU de Mataró, definitivamente aprobado en fecha de 25 de febrero de 1977, o al PERI «La Bóbila» (aprobado por la Comisión Provincial de Urbanismo de Barcelona, en fecha de 25 de mayo de 1988 y anulado por STSJ de 27 de enero de 1992) o a su Proyecto de Reparcelación (inicialmente aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Mataró en sesión de 18 de abril de 1991).”*. Y añade en el Fundamento Jurídico 7º que *“En tercer lugar se alega que la Revisión del PGOU y el PEMU «La Bóbila» dejan sin efecto los derechos adquiridos por los propietarios del Sector (suelo urbano industrial en el PGOU de 1977 y en actuaciones posteriores), sin haberse seguido el procedimiento establecido por lo que las Administraciones demandadas van contra sus propios actos y el principio que lo ampara.*

El «ius variandi» (y otras cuestiones) en la doctrina de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla a propósito del control jurisdiccional de la revisión del PGOU de Sevilla

Hemos de reiterar lo anteriormente señalado (apartado 3º del F. Quinto) en relación con la naturaleza y dimensión de la potestad de planeamiento urbanístico. Evidentemente, nada impide la adopción de una decisión de revisión o modificación del mismo, como con reiteración venimos señalando. Las posibilidades del «ius variandi» en el ámbito urbanístico que nos concierne, y los criterios al respecto de la Sala, en relación con el equilibrio necesario en tal operación de cambio, también son sobrada y suficientemente conocidos y reiterados: «ciertamente la ordenación urbanística ha de tratar de conjugar dos principios fundamentales, bien el de estabilidad y seguridad jurídicas, bien de modificación, revisión o incluso nuevo planteamiento, pues si bien es atendible la necesidad de permanencia de los Planes (con vocación de permanencia como señala el artículo 45 de la Ley del Suelo), ello no debe conllevar posiciones y situaciones inmovilistas, en franca contradicción con los requerimientos derivados de las distintas concepciones culturales, sociales, económicas, ideológicas, políticas, entre otras, que van a manifestarse en orden a nuevas necesidades y conveniencias, y con respecto a las que la normativa urbanística debe dar adecuado cauce y desarrollo, como recoge, a los presentes efectos, el artículo 47 de la Ley del Suelo para la revisión de los Planes Parciales y el artículo 49 para la modificación de los Planes. Y ello es así pues una concepción totalmente estática del urbanismo, en vez de dinámica y respetuosa con las futuras necesidades y conveniencias podría llevar a la negación del mismo, perpetuando ordenaciones obsoletas, erróneas o incluso perjudiciales al interés público y privado. Reconociéndose, por tanto, la potestad de la Administración para alterar, modificar, revisar o formular ex novo un planeamiento urbanístico, debe centrarse la cuestión en que la actividad en que se concreta esa potestad debe estar suficientemente justificada, y apoyada en datos objetivos, para impedir que la impropiedad en el ejercicio de que el «ius variandi», atente a los límites racionales y naturales de la discrecionalidad que se reconoce.».

Pues bien, la diferencia entre revisión y modificación no resulta baladí en lo que aquí pretende exponerse, precisamente porque el modo en que debe articularse el ius variandi, a fin de cuentas la revisión es una manifestación de éste, varía según el tipo de alteración que se realice en el planeamiento.

Cierto es que la existencia del ius variandi no es discutida formalmente en ninguna de las sentencias que aquí comentaremos, pero más cierto es aún que sí que resulta cuestionado materialmente al exigirse al planificador una especial justificación que, a mi juicio, no es predicable de la revisión de los instrumentos de planeamiento urbanístico.

A este respecto, la motivación que justifica el ejercicio del ius variandi es, desde luego, una exigencia que por vía constitucional se contiene tanto en el artículo 9 CE, en cuanto garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, como del artículo 103 CE, que obliga a la Administración Pública a servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Ahora bien, no puede olvidarse que la delimitación de lo que debe entenderse por suficiente motivación para el ejercicio del ius variandi cuando, como en este caso, estamos en presencia de una revisión de un Plan General, parte de la premisa de que la motivación general es más que suficiente sin que tenga por qué descenderse al detalle del cambio de clasificación de tal o cual punto concreto del territorio sobre el que se proyecta, pues ello es propio de la Modificación.

Sobre este particular, ya señalaba la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1995 en su fundamento de derecho tercero que “Como tiene reiteradamente declarado esta Sala, la potestad administrativa de planeamiento comprende el de su reforma porque la natura-

leza normativa de los planes y la propia necesidad de adaptarlos a las exigencias del interés público, justifican sobradamente el «ius variandi» reconocido a la Administración en los artículos 45 y siguientes de la Ley del Suelo. Ello, puede plantear el problema de la situación de los propietarios ante la modificación del planeamiento, puesto que los Planes perfilan la ordenación territorial en atención a las demandas del interés público, siendo de notar que tal ordenación delimita, a su vez, el derecho de propiedad, al implicar de modo directo la clasificación y calificación del suelo al estatuto jurídico de la propiedad, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 76 y 87.1 de la citada Ley del Suelo de 1976. Este carácter estatutario de la propiedad inmobiliaria determina que el contenido y modalidades de la misma habrá de ser el emanado de la ordenación urbanística, cuya variación o modificación no puede ser obstaculizada por los derechos de los propietarios -artículo 87 de la Ley del Suelo- aunque, en su caso, puedan dar origen a indemnización en los supuestos expresados en el precepto acabado de citar.

Tal «ius variandi», precisamente respecto de la atribución al suelo de la cualidad de urbanizable o no urbanizable, está caracterizado por la discrecionalidad en su determinación, aunque ésta en ningún caso puede ser producto de la arbitrariedad -artículo 9.3 de la Constitución-, estando sometida tal clasificación a las exigencias de racionalidad en estrecha conexión con el interés público.”.

Por su parte, el fundamento de derecho sexto de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2004 analiza el alcance que ha de tener la motivación incluida en el Plan cuando de una Revisión, y no una Modificación, se trata, al afirmar que *“Esto es, que reconocida tal posibilidad de cambio, la misma, sin embargo, como hemos señalado, ha de venir avalada, como cualquier actuación administrativa, por la correspondiente motivación y justificación. Debe, sin embargo, advertirse de la diferente exigencia e intensidad de motivación, en función del nivel o profundidad del cambio que se efectúa, y recordarse que, en el supuesto de autos, estamos en presencia de una Revisión del planeamiento (en concreto, de un PGOU) y no de una simple Modificación del mismo. Como hemos puesto de manifiesto, entre otras muchas en la STS de 17 de abril de 1991 «sabido es que aquélla es una reconsideración integral o total del planeamiento anterior para ajustarlo a la realidad que contempla la Revisión», y, en orden a su necesaria motivación, se señala que la «motivación general es más que suficiente cuando se trata de una Revisión, que no tiene porqué descender al detalle del cambio de clasificación de tal o cual punto concreto del territorio sobre el que se proyecta, lo cual es propio de la Modificación».”.*

En idéntico sentido se pronuncia el fundamento de derecho séptimo in fine de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2005.

Centrado así el contexto de lo que tratamos, la revisión de un instrumento de planeamiento, procede entrar a analizar el contenido de las sentencias del TSJA, comenzando por aquellas que contienen un fallo desestimatorio de la pretensión.

La sentencia de 20 de noviembre de 2007 (Ponente Montero Fernández) analiza el caso de una finca que en el Plan aparece con la calificación de Servicio de Interés Público y Social (en adelante SIPS), de carácter privado. La sentencia señala en su fundamento de derecho tercero que *“El hecho de que la finca del actor se destinara a uso residencial y aparcamiento, en absoluto determina ni delimita el contenido futuro del PGOU, pues el planificador debe perseguir el interés público, que cuando sea posible armonizarlo con el privado podrá pronunciarse en tal sentido, pero de nos ser posible supeditando este a aquel, la facultad del ius variandi que le corresponde hace que sea función y labor del planificador dicho diseño, sin que ello le venga condicionado en absoluto por la distribución superficial en la que se dividen los suelos de los particulares, y sin más limitaciones que no resulte arbitraria, irracional o ilegal.”.*

El «ius variandi» (y otras cuestiones) en la doctrina de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla a propósito del control jurisdiccional de la revisión del PGOU de Sevilla

A pesar de que la sentencia no se extiende en consideraciones sobre los límites del ius variandi ni sobre el modo en que ha de justificarse por el planificador la decisión tomada sobre la finca en cuestión, parece que asume la correcta interpretación de tales límites y, en consecuencia, no admite la sustitución de la discrecionalidad administrativa por la del particular. Sin embargo, decimos que parece que asume la correcta interpretación de los límites porque la realidad, como veremos, es que no los tiene en cuenta.

Sobre esta sentencia volveremos posteriormente para someterla a comparación con la que, referida a la finca vecina y respecto de la misma actuación, estima el recurso contra la revisión del Plan.

Las sentencias de 24 de enero de 2008, 31 de enero de 2008, 6 de marzo de 2008 y 24 de julio de 2008 (en todas ellas el Ponente fue Santos Gómez), tienen algo de común, y es la especial consideración que a todas ellas les merece el interés público. Además, las tres primeras analizan la calificación de SIPS que el PGOU atribuye a las respectivas fincas.

Por eso, afirma la sentencia de 6 de marzo de 2008 en su fundamento de derecho séptimo que *“Con arreglo a la doctrina expuesta en los fundamentos anteriores no puede considerarse improcedente la nueva calificación, pues ha de reiterarse que la potestad de planeamiento se fundamenta en la satisfacción de intereses generales, que no pueden considerarse petrificados sino dinámicos y en evolución, lo que supone a su vez que el planeamiento debe atender las demandas comunitarias y sociales de la ciudad. Por ello se justifica la potestad de modificación y revisión, consagrada por el ius variandi, y como toda potestad discrecional, alguna de las condiciones de ejercicio de la misma se deja a la estimación subjetiva de la Administración, con las limitaciones propias de la prohibición de arbitrariedad en que incurriría su falta de justificación.”*

La ya mencionada sentencia de 24 de julio de 2008, que analiza un supuesto en el que el PGOU destina parte de la finca de la recurrente a viario, añade a lo anterior, en su fundamento de derecho octavo que *“la revisión de planeamiento en el supuesto presente se ha realizado correctamente con el Ordenamiento jurídico, en la medida en que en primer término se adoptó la decisión discrecional de revisar el plan general, que como tal tiene naturaleza reglamentaria, de ahí que la revisión del mismo participe de la misma naturaleza y la decisión sobre la revisión, ha de calificarse de discrecionalidad normativa, pues supone la creación de una regla o norma inferior como es la aprobación de un plan general o su revisión dentro de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de rango superior. Una vez adoptada la decisión de revisión y por lo que respecta al supuesto que se enjuicia se adoptaron decisiones discrecionales en cuanto a la clasificación del suelo como urbanizable ordenado y las calificaciones referidas, que por lo expuesto con anterioridad no son arbitrarias e injustas, sino discrecionales y adecuadas a los intereses públicos que justificadamente por lo antedicho, deben preponderar sobre los privados en este caso concreto.”*

Finalmente, y en lo que respecta a las sentencias con pronunciamiento desestimatorio, de las que hay más ejemplos que aquí no se analizan por no hacer interminable la exposición, la sentencia de 16 de enero de 2008 (Ponente Montero Fernández), en la que se analiza la pretensión de aumento de la edificabilidad de una finca mediante su exclusión de un Área de Reforma Interior (en adelante ARI), examina la cuestión introduciendo una reflexión de capital importancia en esta cuestión, cual es la extensión del derecho de propiedad.

Dispone el fundamento de derecho cuarto que “*El derecho de propiedad, en este caso del suelo, es un derecho estatutario, cuyo contenido viene delimitado por la ley y por el planeamiento, conforma el contenido básico del derecho de propiedad del suelo, el de usar o disfrutar y el de disponer. No se contiene, por tanto, dentro de este contenido básico del suelo un derecho a edificar, y menos aún un derecho a edificar cuando y cuanto quiera el propietario, en todo caso el derecho a edificar, dentro e las limitaciones propias fijadas, vendrá determinado por lo que disponga la ley y, en este caso, el planeamiento.*

(...)

En definitiva, no tiene un derecho abstracto a edificar en su finca, menos aún un derecho legítimo a ello, sino que lo que tendrá en función de lo que en primera instancia prevea el planeamiento, y desde luego este no puede primar los intereses privados frente a los públicos y generales. Es evidente que es al planificador al que corresponde, dentro de su ius variandi, el diseño de la ciudad y con él la determinación en cada zona de su conformación.”.

Desde luego, es loable la continua referencia que todas estas sentencias realizan al interés público y a la legitimidad del ius variandi del planificador. Ahora bien, se echa en falta en todas estas sentencias una referencia expresa a la extensión que debe tener la justificación del planificador como legitimadora del correcto ejercicio del ius variandi cuando estamos en presencia de una revisión del planeamiento.

Como veremos a continuación, esta omisión, que hasta el momento no pasa de ser anecdótica pues su inclusión no cambiaría el sentido de los fundamentos expuestos, se torna en preocupante cuando se cercena el legítimo ejercicio del ius variandi por la Administración, pues, como se expone, una referencia a la extensión que la justificación del planificador ha de tener en la revisión sí que supondría la modificación de los fundamentos de las sentencias que, con fallo estimatorio de la pretensión, pasamos a enumerar.

La sentencia de 6 de mayo de 2008 (Ponente Montero Fernández) analiza el caso de una parcela que en el PGOU es calificada con SIPS privada con destino a un uso sanitario que no es incompatible con otros usos terciarios. La finca en cuestión venía siendo sede de un centro de salud en virtud de un contrato de arrendamiento cuya duración estimada era de dieciséis años.

Pues bien, ya a partir de esta sentencia, se torna grave la falta de consideración acerca de la extensión de la justificación del ius variandi para el caso de la revisión del planeamiento. Señala su fundamento de derecho cuarto que “*Ha de recordarse que la ordenación urbanística constituye una función pública y no sólo una expectativa privada, que se desarrolla bajo la tutela de la Administración y en atención preferente a los intereses generales, artº 4.1 de la Ley 6/1998, aplicable al caso por motivos temporales. Efectivamente los planes se formulan al margen de los intereses de los propietarios de los terrenos, aún cuando se lleve a cabo, se debe llevar a cabo, mediante trámites que obligatoriamente abren la vía a la participación ciudadana, pero la decisión se adopta al margen de los intereses o expectativas de los propietarios afectados, en tanto que dichos intereses vienen subordinados al interés general.*

(...)

Sucede, sin embargo, que a nuestro entender, la clasificación otorgada al inmueble que nos ocupa, supone, ciertamente, una carga, una limitación de usos, Servicio de Interés Público y Social, en la categoría de Salud y de titularidad privada (S-S), en suelo urbano consolidado, en el que las técnicas redistribu-*

El «ius variandi» (y otras cuestiones) en la doctrina de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla a propósito del control jurisdiccional de la revisión del PGOU de Sevilla

butivas no son posibles, imponiendo un uso que no es el común al resto de la zona, y que por ende, se crea una evidente desigualdad, como de forma acertada pone de manifiesto la parte actora con resena concreta de numerosos inmuebles de propiedad del propio Ayuntamiento, o de otros entes públicos, en los que la calificación, al permitir usos más amplios, evita la desigualdad respecto entre los propietarios de dichos inmuebles, y del que se hace eco los diversos informes periciales aportados y evacuados.

Por tanto, como se ha dicho, resulta correcto, en principio, que se persiga el interés público, que en la zona se ofrezca y dote de servicios de interés social, como son los centros de salud, ello por exigirlo fines y objetivos del propio planeamiento; mas una dotación que beneficia a la colectividad, con la correlativa imposición de cargas y limitaciones a un inmueble, no puede pesar en exclusividad sobre el propietario del bien afectado.

(...)

Dicha desigualdad, necesariamente ha de ser justificada y compensada, en su caso, y dicha justificación tiene que estar presente en el propio planeamiento y referido al concreto inmueble al que se destina, en exclusividad, al citado uso de interés social.”.

La sentencia, en consecuencia, obvia las llamadas al interés general que, en el caso de la de 20 de noviembre de 2007 sí que justificaban la calificación de otro inmueble también como SIPS privado, y, lo que es más grave, no distingue entre la justificación detallada que sería precisa en caso de que estuviésemos en presencia de una modificación de la menos rígida que precisa una revisión del PGOU, debiendo precisarse que esos inmuebles de la Administración tenían como destino otros equipamientos que, por discrecionalidad judicial sustitutiva de la legítima de la Administración, ya no podrán materializarse.

Para que no pueda tacharse a este autor de parcial o apasionado, cito textualmente la previsión que la Memoria contiene acerca de los SIPS sanitarios y la contestación que por la Oficina de Planeamiento se dio a la alegación del interesado en fase de tramitación del Plan.

La Memoria de Ordenación del Plan, incluye dentro de los Servicios de Interés Público y Social un uso de Salud, dentro del cual contempla, en lo que aquí importa, los centros de salud, entendiendo por tales “*la pieza central del sistema sanitario, la estructura física u fundamental que posibilita el desarrollo de la atención primaria de salud, coordinada globalmente, integral, permanente y continuada. Los antiguos consultorios estarían en este escalón; en ellos se presta atención de medicina general y pediatría, si bien, en concordancia con las políticas sanitarias actuales, existe una tendencia generalizada a llevar a cabo adaptaciones o remodelaciones que permitan la integración, en estos equipamientos, de equipos de atención primaria.*”.

Por su parte, en la contestación a las alegaciones por la Administración se puso de manifiesto, “*La parcela objeto del expediente se encuentra en el sector 8 “Encarnación-Magdalena” del Conjunto Histórico, y en la actualidad y desde hace ya bastante tiempo, viene siendo usada como un Centro de Salud. Está catalogada D y el Nuevo Plan General reconoce para ella el uso de equipamiento que efectivamente tiene, concretamente como Servicio de Interés Público y Social para Salud, reconociendo, también el carácter privado del inmueble.*

El Plan General considera que el sistema de equipamientos urbanos es uno de los sistemas que mayor influencia tiene en la percepción ciudadana de la calidad urbana y que constituyen el soporte físico

destinado a proveer a los ciudadanos de prestaciones sociales o servicios colectivos. Se consideran como base de una estrategia de recualificación urbana y son pieza clave de cualquier estrategia de intervención social. Para su localización se ha procurado una distribución lo más homogénea posible sobre la ciudad, ocupando puntos clave de la red urbana e intentando respetar las ubicaciones que se han revelado efectivas para la ciudadanía.

La nueva calificación de la parcela objeto de alegación, surge como consecuencia de la metodología que se ha seguido para el desarrollo del sistema de equipamientos y servicios en el documento de aprobación inicial, como resultado de un proceso de cooperación técnica con las Áreas Municipales y con los Departamentos Sectoriales de la Junta de Andalucía. Especial relevancia ha tenido las aportaciones de Salud, cuyos requerimientos han sido decisivos a la hora de calificar las parcela destinadas a equipamiento de salud.

En este sentido, la Consejería de Salud demanda una localización en el entorno de Campana, para consolidar el Centro de Salud que está funcionando en la actualidad en la parcela objeto de alegación. Como en el Casco Antiguo y, más concretamente en el entorno de Campana, la existencia de suelo disponible para nuevos equipamientos es escaso, lo que supone un grave problema para satisfacer las demandas, y, dado que el edificio actual funciona de forma satisfactoria, se ha calificado como equipamiento privado la parcela objeto de alegación, anteponiendo el interés público al privado.

Por otra parte, al calificar de privado el equipamiento, se entiende que no se está causando un grave perjuicio a la propiedad, ya que se está consolidando una situación que se había dado por sí sola, en el mercado libre, sin la intervención del nuevo planeamiento. Sin perjuicio de que la calificación otorgada admite otros usos lucrativos diferentes a los que actualmente se vienen desarrollando.

En este sentido, también recordar que la LOUA establece como uno de los objetos principales del Plan General el de garantizar la correspondencia y proporcionalidad entre los usos lucrativos y las dotaciones y los servicios públicos previstos, manteniendo la relación existente o, en su caso, mejorándola.”.

Así pues, con arreglo a la sentencia de 6 de mayo de 2008, ni es legítimo que la Administración detecte la necesidad de instalar un centro de salud en un área determinada, ni mucho menos ha de considerarse en el presente caso justificada dicha decisión por más que exista un diagnóstico de la situación y un tratamiento para paliar las carencias en este aspecto.

La sentencia de 6 de junio de 2008 (Ponente Moreno Andrade) es, si cabe, aún más desconcertante. Y lo es porque, nada más y nada menos, predica de la revisión del Plan la aplicación de los criterios jurisprudenciales acerca de la motivación de los actos administrativos.

Es llamativo que la sentencia en cuestión no cite doctrina alguna sobre el ius variandi. Pero más sorprendente aún es que pueda aplicarse a una disposición de carácter normativo, como es el PGOU, la teoría de la motivación de los actos administrativos cuando, además, para la revisión de los instrumentos de ordenación urbanística existe Jurisprudencia más que consolidada al respecto.

En esta línea, no es de extrañar que la sentencia, tras reproducir literalmente parte de las referencias de la Memoria de Ordenación que justifican la decisión del planificador, acabe concluyendo, en su fundamento de derecho tercero que “*La Sala entiende que estas palabras grandilocuentes nada contribuyen a dotar a la decisión administrativa de una motivación que pueda entenderse suficiente para incidir tan directamente en la propiedad privada, en*

El «ius variandi» (y otras cuestiones) en la doctrina de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla a propósito del control jurisdiccional de la revisión del PGOU de Sevilla

suelo urbano consolidado, a la que se dota de una carga de ineludible calado. Ni siquiera se acredita el tratamiento que se otorga al resto de las fincas que conforman el entorno inmediato de la de los actores, lo que acaso justificaría la actuación que, lejos de generalidades, debió descender a explicar –no otra cosa es la motivación, las razones reales, el futuro de la zona y la imprescindibilidad de la media, única forma de que el ius variandi y la discrecionalidad encuentre justificación.”.

Esto supone, en definitiva, decir adiós de un plumazo a la teoría de la justificación de la revisión de los instrumentos de ordenación urbanística.

La sentencia de 11 de septiembre de 2008 (Ponente Santos Gómez), supone un salto cualitativo importante en esta trayectoria de omisión de la doctrina relativa a la motivación de la revisión de los instrumentos de ordenación por cuanto que, no sólo estima el recurso por no considerar justificada la decisión del planificador, sino que incluso recoge en el fallo la calificación que ha de darse a la parcela del recurrente.

Se trata de un supuesto en el que la ordenación prevista en el Avance del Plan General es posteriormente modificada, a mi juicio justificadamente, de modo que definitivamente se le asigna un uso terciario a la finca que, por otra parte, es el que venía teniendo hasta la fecha.

Pues bien, la sentencia, tras considerar que el hecho de que la referencia a la parcela en la Memoria de Ordenación (previsión de uso terciario) no coincidiese con la contenida en el Avance del Plan (uso residencial) se debía a un error en la Memoria (bien podía pensarse que el error estaba en la determinación del Avance del Plan y no al revés), afirma, en su fundamento de derecho sexto, que *“Ha de anularse la revisión del plan general respecto de la parcela objeto de las actuaciones en cuanto a la calificación de servicios terciarios, asignándole una subzona de ordenanza –servicios terciarios en edificación compacta- con altura máxima edificable de una planta y procede la calificación de uso residencial y altura de trece plantas, pues la mera anulación sin acordar la calificación indicada supondría un perjuicio a la parte actora, en la medida en que se podría volver a calificar el uso como se hizo en la aprobación provisional y definitiva, por tanto de forma improcedente con arreglo a la normativa, eludiendo el cumplimiento de la sentencia.”.*

Es decir, se anula en la sentencia la determinación contenida en una disposición de carácter general y se dice el modo en que debe quedar tal determinación. Baste aquí recordar que, según el artículo 72.1 LJCA, *“Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados.”.*

Finalmente, debemos hacer mención a la sentencia de 16 de septiembre de 2008 (Ponente Montero Fernández). Esta sentencia presenta dos curiosidades. La primera es que, a instancias de la parte actora, tuvo que ser objeto de rectificación. El motivo fue que el inadecuado empleo de la técnica “cortar y pegar”, gran invento que ha de ser empleado con medida, llevó a incluir en los fundamentos de derecho de esta sentencia los empleados en la de 6 de mayo de 2008, antes comentada.

La segunda curiosidad es que en dicha sentencia se analizaba la misma actuación que en la de 20 de noviembre de 2007, dado que ambos recurrentes eran, nada más y nada menos, que propietarios de las fincas contiguas para las que se preveía la calificación de SIPS privado con fines culturales.

Pues bien, tal circunstancia, que la propia sentencia recoge, no es obstáculo para que se diga, en el fundamento de derecho quinto que *“Sucedo, sin embargo, que a nuestro entender, la calificación otorgada al inmueble que nos ocupa, supone, ciertamente, una carga, una limitación de usos, Servicios de Interés Público y Social, genérico de carácter privado, que conlleva que se destine la parcela parcialmente a equipamientos, en beneficio de la colectividad, pero, ante la imposibilidad de aplicar las técnicas redistributivas, y no tener previsto compensación alguna la respecto, a costa en exclusividad de los propietarios de la parcela que ponen su propiedad al servicio de la colectividad, imponiendo un uso que no es el común al resto de la zona, y que por ende, se crea una evidente desigualdad, con una clara desvalorización de los inmuebles, como pone de manifiesto el informe pericial.”*.

En consecuencia, ya no se aplica el criterio de que *“El hecho de que la finca del actor se destinara a uso residencial y aparcamiento, en absoluto determina ni delimita el contenido futuro del PGOU, pues el planificador debe perseguir el interés público, que cuando sea posible armonizarlo con el privado podrá pronunciarse en tal sentido, pero de no ser posible supeditando este a aquel, la facultad del ius variandi que le corresponde hace que sea función y labor del planificador dicho diseño, sin que ello le venga condicionado en absoluto por la distribución superficial en la que se dividen los suelos de los particulares, y sin más limitaciones que no resulte arbitraria, irracional o ilegal.”*, que respecto de la finca vecina y para la misma actuación se señaló por el mismo ponente, sino el de no tener en cuenta las necesidades de la colectividad por ser ello una carga para el propietario y sin tener en consideración la previsión del Plan de aplicar las técnicas redistributivas previstas en la Ley.

Como puede comprobarse, la variación de los criterios es constante, con lo útil que hubiese sido para resolver estos procedimientos el haber acudido a los criterios jurisprudenciales que rigen la cuestión.

A veces se ha optado por santificar el ius variandi, eso sí, sin distinguir que estábamos en presencia de una revisión del Plan, y no de una modificación; en otras ocasiones se ha prescindido de cualquier consideración a tal ius variandi; en otras, en fin, se ha sustituido la discrecionalidad administrativa por la de la sentencia.

Esta exposición no debe finalizar sin hacer una reflexión. En los litigios por razón de urbanismo existe siempre una tensión entre el interés patrimonial del particular y el interés público defendido por la Administración. A pesar de que en el plano teórico está generalmente aceptado que el interés público prevalece en caso de conflicto, la realidad demuestra que ello no es así.

A pesar de que el interés público esté debidamente justificado, observamos como, con frecuencia, en los litigios sobre planificación urbanística se sitúa en el mismo plano dicho interés público y el interés particular. Y no debemos olvidar que la delimitación de interés público a proteger en cada caso está plenamente legitimada por la Ley, que no es sino expresión de la voluntad popular.

La equiparación de interés público e interés privado no es, en definitiva, sino una tendencia perversa cuya ruptura es necesaria para que evitar disfunciones que cuestionan, al fin y al cabo, la propia naturaleza del Estado Social que nuestra Constitución consagra y que debe respetarse nos guste o no. En el respeto se fundamenta la convivencia.