

Les administracions en perspectiva europea

Materials, 26

Les administracions en perspectiva europea

María Jesús Montoro Chiner

Ulrich Stelkens

Joan Mauri Majós

Ricardo García Macho

Karl-Peter Sommermann

Josep Ramon Fuentes

Belén Noguera de la Muela

Siegfried Magiera

Francisco José Rodríguez Pontón

Barcelona, 2012



**ESTUDIS DE
DRET LOCAL**

CÀTEDRA ANTONI PEDROL I RIUS



Generalitat de Catalunya

**Escola d'Administració Pública
de Catalunya**

Biblioteca de Catalunya. Dades CIP

Les Administracions en perspectiva europea. – (Materials ; 26)


Recull de les ponències de la jornada que va tenir lloc el 8 de novembre de 2011. – Referències bibliogràfiques. – Textos en català, alemany i castellà

ISBN 9788439389422

I. Montoro i Chiner, M. Jesús II. Universitat Rovira i Virgili. Càtedra Antoni Pedrol i Rius d'Estudis Jurídics Locals III. Escola d'Administració Pública de Catalunya IV. Col·lecció: Materials (Escola d'Administració Pública de Catalunya) ; 26


1. Administració pública – Europa – Congressos

351(4-6)(061.3)






Reconeixement – NoComercial – SenseObraDerivada 3.0 Espanya

Sou lliure de:

-  Copiar, distribuir i comunicar públicament l'obra

Amb les condicions següents:

-  **Reconeixement.** Heu de reconèixer els crèdits de l'obra de la manera especificada per l'autor o el licenciadador (però no d'una manera que suggereixi que us donen suport o rebeu suport per l'ús que feu de l'obra).
-  **No comercial.** No podeu utilitzar aquesta obra per a finalitats comercials.
-  **Sense obres derivades.** No podeu alterar, transformar o generar una obra derivada d'aquesta obra.

Entenent que:

Renúncia – Es pot renunciar a alguna d'aquestes condicions si obteniu el permís del titular dels drets d'autor.

Altres drets – Els drets següents no queden afectats de cap manera per la llicència:

- Els vostres drets de repartiment just o ús just;
- Els drets morals de l'autor;
- Drets que altres persones poden ostentar sobre l'obra o sobre l'ús que se'n fa, com per exemple drets de publicitat o privacitat.

Notice – Quan reutilitzeu o distribuïu l'obra, heu de deixar ben clar els termes de la llicència de l'obra.

Advertiment: això és un resum del text legal (la llicència completa) disponible a:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.ca>

A fi de contribuir a la sostenibilitat ambiental, l'Escola d'Administració Pública de Catalunya ha imprès aquest llibre en paper reciclat i l'ha posat a disposició lliure a la seva pàgina web (www.eapc.cat).

Títol: Les administracions en perspectiva europea

Col·lecció Materials, 26

Aquest llibre recull les ponències de la jornada sobre *Les administracions en perspectiva europea*, que van tenir lloc a l'Escola d'Administració Pública de Catalunya el 8 de novembre de 2011.

© María Jesús Montoro Chiner, Ulrich Stelkens, Joan Mauri Majós, Ricardo García Macho, Karl-Peter Sommermann, Josep Ramon Fuentes, Belén Noguera de la Muela, Siegfried Magiera, Francisco José Rodríguez Pontón

D'aquesta edició:

© 2012, Escola d'Administració Pública de Catalunya – Càtedra Antoni Pedrol i Rius

Primera edició: novembre de 2012

ISBN 978-84-393-8942-2

Dipòsit legal: B. 32.518-2012

Composició: Anglofort, S.A.

Impressió: Gràfiques M.B. S.A.

Tiratge: 600 exemplars

SUMARI

Presentació de Montserrat de Vehí. <i>Directora de l'EAPC</i>	7
1. Les administracions en perspectiva europea	
<i>María Jesús Montoro Chiner</i>	11
2. Öffentlicher Dienst: Beamtenstatus versus Angestelltenverhältnis	
<i>Ulrich Stelkens</i>	15
3. Servei públic: ¿funcionaris o contractes laborals?	
<i>Joan Mauri Majós</i>	31
4. La participación ciudadana en la ordenación urbanística y la admisión de proyectos en el contexto del derecho a una buena administración	
<i>Ricardo García Macho</i>	41
5. Die Entwicklung einer europäischen Verwaltungskultur	
<i>Karl-Peter Sommermann</i>	55
6. El desenvolupament d'una cultura administrativa europea	
<i>Josep Ramon Fuentes i Gasó</i>	75
7. El desplegament progressiu del dret de contractes públics a Europa i en especial al nostre ordenament jurídic: alguns aspectes d'interès	
<i>Belén Noguera de la Muela</i>	89

8. Das Recht auf eine gute Verwaltung in der Europäischen Union
Siegfried Magiera 129

9. El dret a una bona administració: un context, i també un pretext?
Francisco José Rodríguez Pontón 139



Presentació de Montserrat de Vehí

PRESENTACIÓ

Montserrat de Vehí
Directora de l'EAPC

Em fa una il·lusió especial inaugurar aquesta Jornada sobre les administracions públiques vistes en perspectiva europea, per molts motius.

En primer lloc, perquè es tracta d'una trobada internacional d'experts on ens podem enriquir mútuament amb les experiències i punts de vista que s'exposin. Alemanya és per a tot Europa un referent, i precisament els temes que s'abordaran aquest matí són de molt d'interès per a l'Administració catalana en un moment en què es replanteja la gestió i la funció pública en general. La trobada d'avui, de fet, se suma a d'altres activitats de reflexió, organitzades per l'Escola, amb vista als canvis que ens esperen, com les anomenades jornades sobre la reforma de l'Administració pública, l'última sessió de les quals vam cloure dimecres passat.

En segon lloc, perquè la relació amb l'Institut Alemany de Recerca per a l'Administració Pública es va gestar fa 25 anys, ha anat tenint continuïtat al llarg dels anys i aquesta col·laboració és, justament, la 10a col·laboració. Aquests números rodons signifiquen, doncs, que ens trobem davant d'una relació ben consolidada. Enguany donem continuïtat a la darrera trobada, la de l'any 2005, que va tenir lloc a Espira (Speyer en alemany), on també va participar el coordinador alemany de les jornades presents, el professor Sommermann, i on es van debatre conjuntament problemes d'actualitat del dret públic, com la llavors reforma de l'Estatut català o els efectes de la jurisprudència europea en institucions i tècniques de dret administratiu.

Finalment, perquè, ja en la meua època de síndica de comptes, vaig assistir a les jornades que es van celebrar aleshores a Barcelona, el 2002, dedicades al *Desenvolupament constitucional i administratiu en el sistema multinivell europeu*, i vaig sortir convençuda de la utilitat d'aquestes activitats internacionals. D'aquí l'interès personal meu a donar continuïtat a la col·laboració amb l'Institut

Alemanys de Recerca per a l'Administració Pública, interès compartit per la vicepresidenta del Govern de Catalunya.

Esperant, doncs, que puguem treure profit del debat d'avui, passo la paraula a la coordinadora catalana de la Jornada, la professora María Jesús Montoro, que a més de catedrática de dret administratiu de la Universitat de Barcelona, és també membre de la Universitat d'Espira, on treballa en projectes i investigacions en curs.

I agraïment

Com a directora de l'Escola d'Administració Pública de Catalunya vull manifestar el meu agraïment per la col·laboració especial del Sr. Josep Ramon Fuentes, professor titular de dret administratiu de la Universitat Rovira i Virgili i director de la Càtedra Antoni Pedrol Rius de la Universitat Rovira i Virgili per la seva col·laboració indispensable que ha permès fer possible aquesta coedició.



Les administracions en perspectiva europea

LES ADMINISTRACIONS EN PERSPECTIVA EUROPEA

María Jesús Montoro Chiner

Catedràtica de dret administratiu de la Universitat de Barcelona

Introducció

Des de fa 25 anys, l'Escola d'Administració Pública de la Generalitat de Catalunya i la Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, mitjançant el seu Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung, cooperen en seminaris sobre temes d'actualitat estretament relacionats amb qüestions que afecten l'Administració pública, l'organització, el servei públic, les relacions entre els particulars i l'Administració a través del procediment, el control jurisdiccional dels actes administratius, entre altres matèries. Aquests seminaris es realitzen, alternativament, a Speyer i a Barcelona.

A la tardor de 2011, el dia 8 de novembre, va tenir lloc a l'Escola d'Administració Pública de Catalunya l'últim d'aquests seminaris, d'especial significació, atès que s'emmarcava dins dels actes, de caire científic en aquest cas, que commemoraven els cent anys d'existència de l'Escola d'Administració Pública, i que van culminar en la celebració del 2 de juliol de 2012, al Palau de la Generalitat.

Aquest llibre recull les aportacions de l'esmentat seminari «Les administracions en perspectiva europea» que vaig coordinar conjuntament amb el prof. Karl-Peter Sommermann. La Direcció de l'Escola m'ha encarregat la redacció d'aquesta introducció, cosa que agraeixo sincerament, i confesso que no tinc cap més mèrit que el d'haver-hi estat present, i haver participat en tots ells, tant a Speyer com a Barcelona.

Els temes que s'hi han debatut al llarg dels anys, com ja he avançat, tenien l'objectiu de tractar qüestions que, en paral·lel, incidien, en major o menor grau, en la manera d'actuar de les administracions, encara que fossin provinents d'estructures estatals compostes, de tractar de les importants reformes legislatives, de l'uropeïtzació del dret administratiu o de la volàtil globalització. Com a

exemples puc esmentar: «Spezielle Aspekte der Autonomen Gemeinschaften in Spanien» (1990), «Das spanische Verwaltungsrecht nach dem Reformgesetz von 1992» (1994), i «Aktuelle Fragen zu Verfassung und Verwaltung im europäischen Mehrebenensystem» (2002).

En aquesta ocasió, «Les administracions en perspectiva europea» és un títol que expressa el seu contingut. S'han posat a debat qüestions comunes degudes a la influència del dret europeu. Analitzar els temes des de visions i perspectives distintes, des de sistemes de dret diferents, constitueix una aproximació a les qüestions que pot semblar ésser divergent en els seus plantejaments, però que convergeix en la conclusió que a tots els sistemes de dret les solucions als mateixos problemes no resulten tan allunyades, en especial pel que fa a l'homogeneïtzació materialment provocada pel dret europeu en procediments, llibertats, institucions i categories del dret públic. Les solucions als dilemes del servei públic, funcionaris versus contractats, les garanties de la contractació en el sector públic, la transparència administrativa, la formació d'una cultura administrativa europea, els drets participatius dels particulars i l'objectiu de la «bona Administració», han estat els temes sotmesos a debat en la sessió del 8 de novembre.

Només em resta ara agrair a l'Escola i a la directora, Montserrat de Vehí, el suport en la realització del seminari, el bon nivell del qual n'és una bona prova aquest llibre. I, també, la iniciativa de reprendre les seqüències temporals per coorganitzar el proper seminari, a Speyer, el mes de maig de 2013, on es debatrà sobre la «Gute Rechtsetzung», la bona legislació i les seves influències benèfiques en el comportament de les administracions.

Voldria agrair, també, la col·laboració del prof. Sommermann en la direcció científica d'aquest seminari i, no cal dir-ho, dels ponents, tots ells experts i amics.



Öffentlicher Dienst: Beamtenstatus versus Angestelltenverhältnis

Verzeichnis

- I. Grundmodell des deutschen Beamtenrechts
- II. Arbeitsrecht des Öffentlichen Dienstes: Beamtenrecht „light“ oder „normales“ Arbeitsrecht
- III. Aktuelle Probleme
 1. *„Verhandelte“ Bezahlung oder gesetzlich geregelte Besoldung – vor allem ein Problem des Streikrechts*
 2. *Lebenszeitperspektive mit gesetzlich geregelten Aufstiegschancen oder tarifvertragliche Modelle*
 3. *Fürsorge des Dienstherrn oder Teilnahme an allgemeinen Sozialversicherungssystemen*
 4. *Die Diskussion über die leistungsorientierte Bezahlung*
 5. *Gewährleistung der Bestenauslese bei Einstellung und Beförderung*

ÖFFENTLICHER DIENST: BEAMTENSTATUS VERSUS ANGESTELLTENVERHÄLTNIS

Ulrich Stelkens

*Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer*¹

Gegenstand dieses Beitrags soll eine Zusammenfassung der in Deutschland geführten Diskussion über eine „gute“ Ausgestaltung des öffentlichen Dienstrechts sein. Diese Diskussion wird in Wellenbewegungen nun seit gut 140 Jahren – nämlich seit der Gründung des deutschen Reichs von 1871 – diskutiert. Seit 1949 hat es größere Diskussionswellen in den 1950er Jahren, den 1970er Jahren, unmittelbar in Zusammenhang mit der Wiedervereinigung, und dann wieder seit etwa 2003 bis heute gegeben.² Dass die jüngste Diskussion jetzt schon recht lange anhält, hängt damit zusammen, dass 2006 die *verfassungsrechtlichen* Grundlagen des Beamtenrechts erheblich verändert worden sind.³ Dies hat insbesondere den Bundesländern mehr Spielräume bei der Ausgestaltung des *Landesbeamtenrechts* gegeben, was

1. Zu den verwendeten Abkürzungen: *AöR* = Archiv des öffentlichen Rechts; *BAG* = Bundesarbeitsgericht; *BBG* = Bundesbeamtengesetz; *BGBL* = Bundesgesetzblatt; *BVerfG* = Bundesverfassungsgericht; *BVerfGE* = Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Entscheidungssammlung); *DÖD* = Der Öffentliche Dienst; *DÖV* = Die Öffentliche Verwaltung; *DVBl* = Deutsches Verwaltungsblatt; *EGMR* = Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte; *LKRZ* = Zeitschrift für Landes- und Kommunalrecht Hessen/Rheinland-Pfalz/Saarland; *LKV* = Landes- und Kommunalverwaltung; *NdsVBl* = Niedersächsische Verwaltungsblätter; *NVwZ* = Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht; *NVwZ-RR* = Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungs-Report; *NZA* = Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht; *RiA* = Recht im Amt; *VG* = Verwaltungsgericht; *ZBR* = Zeitschrift für Beamtenrecht.

2. Zusammenfassend zu den Diskussionswellen: *Andreas Voßkuhle*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts III*, 2009, § 43 Rn. 94 ff.

3. Hierzu *Philip Kunig*, *Das Recht des öffentlichen Dienstes*, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Friedrich Schoch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 14. Aufl. 2008, 6. Kap. Rn. 49 f.

dann zu einer gewissen Experimentierfreude – jedenfalls in einigen Ländern – geführt hat.⁴

Ebenfalls – mindestens – seit 1871 besteht auch die sogenannte „Zweispurigkeit“ des Öffentlichen Dienstrechts in Deutschland. Es wird zwischen den eigentlichen *Beamten* und den *Arbeitnehmern* des Öffentlichen Dienstes unterschieden.⁵ Die Beamten stehen in einem besonderen öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis, das ausschließlich gesetzlich ausgestaltet ist und vertraglicher Vereinbarung grundsätzlich nicht zugänglich ist. Die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes werden auf der Grundlage privatrechtlicher Arbeitsverträge für den Staat tätig. Ihre Dienstverhältnisse sind also grundsätzlich – aber eben auch nur grundsätzlich⁶ – dem Arbeitsrecht unterstellt, das auch für die Arbeitnehmer in der Privatwirtschaft gilt.

Solange es diese Zweispurigkeit gibt, gibt es auch eine Diskussion zur Berechtigung dieser Zweispurigkeit,⁷ ebenso die Diskussion, nach welchen Kriterien bestimmte Stellen einem Beamten oder einem Arbeitnehmer zu übertragen sind.⁸ Auch bei den jüngsten Reformen des öffentlichen Dienstrechts seit 2006 war allerdings die vollständige Aufhebung dieser Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstrechts nie ernsthaftes Reformziel. Reformziel war – wenn überhaupt – immer nur eine gewisse Angleichung der Rechte und Pflichten der Beamten an die Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer des Öffentlichen Dienstes und umgekehrt.

Vor diesem Hintergrund sollen in einem ersten Schritt – sehr grob – die traditionellen Grundgedanken des deutschen Beamtenrechts skizziert werden (I). Dem soll das Grundmodell des Rechts der Arbeitnehmer des Öffentlichen Dienstes gegenüber gestellt werden. (II). Anschließend sollen einige aktuelle Fragen behandelt werden, die in der Reformdiskussion gestellt werden (III).

4. Zusammenfassend zu den Reformen und Reformvorhaben in Bund und Ländern *Alfred Drescher*, Dienstrechtsreformen in Bund und Ländern, RiA 2007, 261 ff.; *Kunig* (Fn. 3), 6. Kap. Rn. 24 ff.; *Vofskuhle* (Fn. 2), § 43 Rn. 81 ff.

5. Zusammenfassend s. nur *Vofskuhle* (Fn. 2), § 43 Rn. 7 ff.

6. Ausführlich zu Ausnahmen und der Problematik ihrer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung: BAG, Urteil vom 9. 3. 2011 – 7 AZR 728/09 – NZA 2011, 911 Abs. 14 ff.; *Ulrich Stelkens*, Verwaltungsprivatrecht, 2005, S. 835 ff.

7. Zuletzt „offiziell“ in Frage gestellt im Bericht der Regierungskommission des Landes Nordrhein-Westfalen „Zukunft des öffentlichen Dienstes – Öffentlicher Dienst der Zukunft“, Düsseldorf 2003, S. 45 ff. Zur Rezeption dieser Vorschläge *Hans Peter Bull*, Die Zukunft des Beamtentums: Zwischen Recht und Politik, Staats- und Verwaltungslehre, Die Verwaltung 42 (2009), S. 1, 16 ff.; *Vofskuhle* (Fn. 2), § 43 Rn. 20 ff.

8. S. nur *Vofskuhle* (Fn. 2), § 43 Rn. 114 ff.

I. Grundmodell des deutschen Beamtenrechts

a) Zunächst also zum Grundmodell des deutschen Beamtenrechts. Welche Funktionen dies hat, hat das Bundesverfassungsgericht erst 2008 wieder klargestellt: Hiernach ist es Hauptaufgabe des Berufsbeamtentums, *Verfassung und Gesetz* im Interesse des Bürgers auch und gerade gegen die Staatsspitze zu behaupten. Das Beamtentum solle eine stabile Verwaltung sichern und damit einen ausgleichenden Faktor gegenüber den das Staatswesen gestaltenden politischen Kräften bilden. Dies geschehe auf der Grundlage von Sachwissen, fachlicher Leistung und loyaler Pflichterfüllung. Hiermit werde auch der Tatsache Rechnung getragen, dass im demokratischen Staatswesen die Verwaltung schon im Hinblick auf die wechselnde politische Ausrichtung der jeweiligen Staatsführung neutral sein müsse.⁹ Insoweit könne die strikte Bindung an Recht und Gemeinwohl auch als Funktionsbedingung der Demokratie begriffen werden.¹⁰ Das Bundesverfassungsgericht setzt dabei unausgesprochen voraus, dass auch eine „externe“ Beeinflussung der Beamtenschaft durch Korruption unterbleibt.

b) Das deutsche Beamtenrecht, das im Folgenden anhand des Bundesbeamtengesetzes (BBG)¹¹ verdeutlicht werden soll, erreicht diese Ziele, indem den Beamten die Pflicht zur Beachtung von Recht und Gesetz sowie der unparteiischen und gemeinwohlorientierten Amtsführung auferlegt wird (§ 60 BBG¹²). Nach den Beamtengesetzen tragen die Beamten zunächst jedenfalls für die Rechtmäßigkeit ihrer dienstlichen Handlungen die volle persönliche Verantwortung (§ 63 Abs. 1 BBG¹³).¹⁴ Von Bedeutung und charakterisierend für das deutsche Recht ist insoweit, dass eine Weisung oder ein Befehl des Dienstvorgesetzten von dieser

9. BVerfG, Beschluss vom 28.5.2008 – 2 BvL 11/07 – BVerfGE 121, 205, 219 f. (Abs. 68 der Entscheidungsveröffentlichung bei www.bverfg.de).

10. BVerfG, Beschluss vom 19. 9. 2007 – 2 BvF 3/02 – BVerfGE 119, 247, 261 (Abs. 47 der Entscheidungsveröffentlichung bei www.bverfg.de).

11. Bundesbeamtengesetz vom 5. 2. 2009 (BGBl. I S. 160), zul. geänd. durch Art. 2 des Gesetzes vom 15. März 2012 (BGBl. I S. 462); im Internet abrufbar unter: http://www.gesetze-im-internet.de/bbg_2009/index.html.

12. § 60 Abs. 1 BBG lautet: „Beamtinnen und Beamte dienen dem ganzen Volk, nicht einer Partei. Sie haben ihre Aufgaben unparteiisch und gerecht zu erfüllen und bei ihrer Amtsführung auf das Wohl der Allgemeinheit Bedacht zu nehmen. Beamtinnen und Beamte müssen sich durch ihr gesamtes Verhalten zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen und für deren Erhaltung eintreten.“

13. § 63 Abs. 1 BBG lautet: „Beamtinnen und Beamte tragen für die Rechtmäßigkeit ihrer dienstlichen Handlungen die volle persönliche Verantwortung.“

14. Hierzu ausführlich *Timo Hebler*, *Verwaltungspersonal*, 2008, S. 255 ff.

Verantwortung *nicht* befreit (§ 56 Abs. 2 und 2 BBG¹⁵).¹⁶ Wird ein Beamter angewiesen, eine rechtswidrige Maßnahme zu erlassen, bleibt – neben dem Vorgesetzten – auch der angewiesene Beamte für diese Maßnahme persönlich verantwortlich. Rechtswidriges Handeln auf Befehl kann auch Anlass für die sogleich noch anzusprechenden disziplinarrechtlichen Maßnahmen sein. Erkennt ein Beamter, dass er zu einem rechtswidrigen Verhalten angewiesen wird, gibt es nur eine Möglichkeit, sich von dieser Verantwortung zu befreien: Der Beamte muss, bevor er die Weisung ausführt, den Dienstvorgesetzten auf seine Bedenken aufmerksam machen. Nur wenn der Dienstvorgesetzte dann noch ausdrücklich und schriftlich die Weisung aufrecht erhält, *muss* der Beamte die Weisung zwar ausführen, ist aber von der persönlichen Verantwortung für die auf Grund der Weisung getroffene Maßnahme freigestellt. Und selbst dies gilt nicht, wenn das aufgetragene Verhalten gegen die Menschenwürde oder erkennbar gegen Strafvorschriften verstößt.

b) Dass diese Pflicht zum unparteilichen und rechtmäßigem Handeln von dem Beamten tatsächlich erfüllt werden *kann*, stellt das deutsche Beamtenrecht zunächst – eigentlich banal, aber wichtig – durch eine ausreichende Bezahlung der Beamten sicher. Die Besoldung muss ihm und seiner Familie einen Lebensstil ermöglichen, der seiner Verantwortung angemessen ist. Das wird als Grundsatz der „amtsangemessenen Besoldung“ bezeichnet, der auch eine entsprechende Alterssicherung beinhaltet. Der Beamte muss – so das Bundesverfassungsgericht – über ein Einkommen verfügen, das seine rechtliche und wirtschaftliche Sicherheit und Unabhängigkeit gewährleistet und ihm einen angemessenen Lebenskomfort ermöglicht.¹⁷ Der Beamte darf m. a. W. nicht durch die zu ge-

15. § 63 Abs. 2 und 3 BBG lauten: „(2) Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit dienstlicher Anordnungen haben Beamtinnen und Beamte unverzüglich bei der oder dem unmittelbaren Vorgesetzten geltend zu machen. Wird die Anordnung aufrechterhalten, haben sie sich, wenn ihre Bedenken gegen deren Rechtmäßigkeit fortbestehen, an die nächsthöhere Vorgesetzte oder den nächsthöheren Vorgesetzten zu wenden. Wird die Anordnung bestätigt, müssen die Beamtinnen und Beamten sie ausführen und sind von der eigenen Verantwortung befreit. Dies gilt nicht, wenn das aufgetragene Verhalten die Würde des Menschen verletzt oder strafbar oder ordnungswidrig ist und die Strafbarkeit oder Ordnungswidrigkeit für die Beamtinnen und Beamten erkennbar ist. Die Bestätigung hat auf Verlangen schriftlich zu erfolgen.“

(3) Verlangt eine Vorgesetzte oder ein Vorgesetzter die sofortige Ausführung der Anordnung, weil Gefahr im Verzug ist und die Entscheidung der oder des höheren Vorgesetzten nicht rechtzeitig herbeigeführt werden kann, gilt Absatz 2 Satz 3 bis 5 entsprechend.“

16. Hierzu ausführlich *Hebeler* (Fn. 14), S. 260 ff.

17. BVerfG, Urteil vom 6. 3. 2007 – 2 BvR 556/04 – BVerfGE 117, 330, 350 f. (Abs. 60 f. der Entscheidungsveröffentlichung bei www.bverfg.de); BVerfG, Urteil vom 14. 2. 2012 – 2 BvL 4/10 – NVwZ 2012, 357 Rn. 145.

ringe Höhe seiner Besoldung in die Notwendigkeit gebracht werden, Besetzungen anzunehmen, um elementare Grundbedürfnisse zu befriedigen. Kennzeichnend für dieses „Alimentationsprinzip“ ist aber auch, dass die Besoldung des Beamten nicht direkt als Gegenleistung für seine Arbeitsleistung verstanden wird, sondern als selbständige Fürsorgepflicht des Dienstherrn. Dies hat auch zur Konsequenz, dass die Beamten nicht an den normalen Sozialversicherungssystemen teilnehmen, sie also weder in der gesetzlichen Renten- noch in der gesetzlichen Krankenversicherung mitversichert sind. Es ist grundsätzlich der Dienstherr, der *allein* die Kosten der Altersversorgung und in gewissem Umfang die Kosten der Versorgung im Krankheitsfall aufbringt. In diesem Zusammenhang gehört ferner auch der Grundsatz der Hauptberuflichkeit des Beamtentums, der gewährleisten soll, dass der Beamte ausschließlich von seiner Tätigkeit im öffentlichen Dienst leben kann und nicht auf Nebenverdienste angewiesen ist.¹⁸

c) Eher der Absicherung gegenüber der politischen Spitze dient dagegen das *Lebenszeitprinzip*:¹⁹ Das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit ist die Regel. Nach einer Probezeit ist eine Entlassung aus welchen Gründen auch immer grundsätzlich ausgeschlossen. Auch eine Beförderung kann kaum rückgängig gemacht werden. Eine Entfernung aus dem Dienst oder eine Herabstufung kann nur im Rahmen des Disziplinarrechts erfolgen.²⁰ Derartige Sanktionen können auch nicht durch den Dienstvorgesetzten selbst, sondern nur in einem speziellen Disziplinarverfahren ausgesprochen werden. Zur Begründung dieses Lebenszeitprinzips hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass das hierdurch ermöglichte Bewusstsein seiner gesicherten Rechtsstellung die Bereitschaft des Beamten zu einer an Gesetz und Recht orientierten Amtsführung fördern und ihn zu unparteiischem Dienst für die Gesamtheit befähigen soll. Die von der Verfassung gewährleistete Unabhängigkeit versetze den Beamten in die Lage, unsachlicher Beeinflussung zu widerstehen und gegebenenfalls auch seiner Pflicht zur Gegenvorstellung zu genügen, wenn er Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit von dienstlichen Anordnungen hat.²¹

18. BVerfG, Beschluss vom 19. 9. 2007 – 2 BvF 3/02 – BVerfGE 119, 247, 264 (Abs. 56 f. der Entscheidungsveröffentlichung bei www.bverfg.de).

19. *Helmut Lecheler*, Der öffentliche Dienst, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts – Band V, 3. Aufl. 2007, § 110 Rn. 89.

20. *Kunig* (Fn. 3), 6. Kap. Rn. 126.

21. BVerfG, Beschluss vom 19. 9. 2007 – 2 BvF 3/02, BVerfGE 119, 247, 261 (Abs. 47 der Entscheidungsveröffentlichung bei www.bverfg.de); BVerfG, Beschluss vom 28.5.2008 – 2 BvL 11/07 – BVerfGE 121, 205, 221 f. (Abs. 71 f. der Entscheidungsveröffentlichung bei www.bverfg.de).

g) Jedoch bedarf es auch *negativer Anreize*, um die grundsätzliche Einhaltung von Gesetz und Recht durch die Beamten zu gewährleisten. Hierzu gehört das bereits erwähnte Disziplinarrecht insbes. mit seiner Möglichkeit, bei groben Fehlverhalten die Entfernung aus dem öffentlichen Dienst oder die Rückstufung einer Beförderung auszusprechen. Die hiermit verbundene Drohung des Verlustes der an sich gesicherten Rechtsstellung und der hiermit verbundenen Einkünfte ist in Deutschland eine relativ sichere Gewähr gegen „Kleinkorruption“, etwa im Bereich der Ordnungs- und Sozialverwaltung. Allein schon das Risiko einer disziplinarrechtlichen Ahndung überwiegt die mit der Annahme eines Bestechungsangebots verbundenen kurzfristigen finanziellen Vorteile in der Regel offensichtlich.

f) Kennzeichnend für das deutsche System ist auch, dass die bisher genannten beamtenschützenden Grundsätze verfassungsrechtlich garantiert sind, also auch den Gesetzgeber binden.²² Sie können zudem vom Beamten gerichtlich durchgesetzt werden, und zwar nicht nur, wenn der Vorgesetzte diese Grundsätze missachtet, sondern auch, wenn ein Eingriff in diese Grundsätze durch Gesetz geschieht.²³ Das Prinzip der amtsangemessenen Besoldung und der Lebenszeitanstellung muss also auch vom Gesetzgeber bei Ausgestaltung und Änderung des Beamtenrechts geachtet werden. Umgekehrt folgt aber aus dem Umstand, dass die Rechtsverhältnisse der Beamten durch Gesetz geregelt werden und insbesondere die Besoldung der Beamten keiner vertraglichen Regelung zugänglich ist, dass Beamte nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts schlechthin nicht streiken dürfen.²⁴ Ein streikender Beamter begeht ein Dienstvergehen, das in der Regel disziplinarrechtlich geahndet wird.²⁵

II. Arbeitsrecht des Öffentlichen Dienstes: Beamtenrecht „light“ oder „normales“ Arbeitsrecht

Demgegenüber richtet sich die Rechtstellung der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes im Grundsatz nach „normalem“ privatrechtlichem Arbeits-

22. S. hierzu zusammenfassend *Nicolai Panzer*, Die aktuelle Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum öffentlichen Dienstrecht zwischen Bewahrung und Fortentwicklung, DÖV 2008, 707 ff.

23. Grundlegend insoweit BVerfG, Beschluss vom 11. 6. 1958 – 1 BvR 1/52, 46/52 – BVerfGE 8, 1, 11.

24. Zusammenfassend hierzu mit umfassenden Nachweisen *Claudia Schubert*, Das Streikverbot für Beamte und das Streikrecht aus Art. 11 EMRK im Konflikt, AöR 137 (2012), 92, 95 ff.

25. S. hierzu z. B. VG Osnabrück, Urteil vom 19. 8. 2011 – 9 A 1/11 – NdsVBl. 2012, 25 ff.

recht, wie es auch für die Privatwirtschaft maßgeblich ist.²⁶ Dies bedeutet auch, dass die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes an den normalen Sozialversicherungssystemen teilnehmen. Dies bedeutet zudem, dass sie streikberechtigt sind und die Gewerkschaften mit den Arbeitnehmern insoweit auch zahlreiche Tarifverträge abschließen, die faktisch wie Gesetze angewandt werden und bei einzelnen Rechten und Pflichten auch an das Beamtenrecht angenähert sind. So gilt das Lebenszeitprinzip faktisch auch für die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes, da entsprechende tarifvertragliche Regelungen das ordentliche Kündigungsrecht für Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes jedenfalls ab einem bestimmten Dienstalter weitgehend ausschließen.²⁷

Ganz generell ist jedoch die Eingliederung von Arbeitnehmern auf privatrechtlicher Grundlage in die ansonsten vollständig öffentlich-rechtlich normierte Behördenorganisation in gewisser Weise systemfremd, so dass auch fließende Übergänge zwischen öffentlich-rechtlichem Behördenorganisationsrecht und privatrechtlichem Arbeitsrecht bestehen. Dies zeigt etwa die Tatsache, dass das arbeitsvertragliche Direktionsrecht des öffentlichen Arbeitgebers oftmals durch Verwaltungsvorschriften wahrgenommen wird.²⁸ Hinzu treten unmittelbar auf das Arbeitsverhältnis „durchschlagende“ gesetzliche Sonderregeln für Arbeitnehmer des Öffentlichen Dienstes etwa im Hinblick auf die Zulässigkeit der Befristung von Arbeitsverhältnissen – vor allem aber auch im Bereich der betrieblichen Mitbestimmung.²⁹ Vor diesem Hintergrund sollte daher das Arbeitsrecht des öffentlichen Dienstes eher als besonderes öffentlich-privatrechtliches Mischrecht verstanden werden, das zwischen dem Beamtenrecht und dem Arbeitsrecht der Privatwirtschaft steht.

III. Aktuelle Probleme

Damit komme ich zu den aktuellen Fragestellungen, bei denen heute „Beamtenstatus versus Angestelltenverhältnis“ in Deutschland diskutiert wird.

26. S. aber auch Fn. 6.

27. S. zum Ganzen *Kunig* (Fn. 3), Kap. 6 Rn. 183 ff.; *Vofßkuhle* (Fn. 2), § 43 Rn. 83 ff.

28. Ausführlich hierzu *U. Stelkens* (Fn. 6), S. 835 ff., 869 ff.

29. S. a. *Ulrich Stelkens*, in: Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Michael Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 8. Aufl. 2012, § 35 Rn. 129.

1. „Verhandelte“ Bezahlung oder gesetzlich geregelte Besoldung – vor allem ein Problem des Streikrechts

Ein aktuelles Problem betrifft den Dauerbrenner „Streikrecht für Beamte und Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes“. Hier läuft die Diskussion in zwei Richtungen:

Zunächst wird vermehrt in Frage gestellt, ob das ausnahmslose Streikverbot für Beamte in Deutschland mit dessen völkervertraglichen Verpflichtungen insbesondere auch aus Art. 11 der Europäischen Menschenrechtskonvention noch vereinbar ist, wobei Anlass zu dieser Diskussion zwei Urteile des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte sind,³⁰ die insoweit Zweifel wecken.³¹ Die Schwierigkeiten der Umsetzung derartiger Europäischer Vorgaben werden darin gesehen, dass die Arbeitsbedingungen und die Besoldung der Beamten eben nicht vertraglich, sondern durch Gesetz festgelegt werden. Ein Streik der Beamten würde sich also gegen den parlamentarischen Gesetzgeber richten – was auf eine Zulassung politischer Streiks hinaus laufen würde, die in Deutschland nicht als zulässige, vom Arbeitgeber hinzunehmende Arbeitskämpfe gelten.

In der Praxis wird das fehlende Streikrecht für Beamte weitgehend dadurch „umgangen“, dass sich die Parlamente für politisch verpflichtet halten, die von den *Arbeitnehmern* des öffentlichen Dienstes ausgehandelten oder „erstreikten“ Gehaltserhöhungen – wenn auch zumeist mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung – durch Anpassung der Besoldungsgesetze auch den Beamten zu Gute kommen zu lassen.³² Vielfach geht dies allerdings mit der gesetzlichen Kürzung solcher beamtenrechtlichen Leistungen einher, die Angestellten des öffentlichen Dienstes nicht zustehen, so dass gerne mit einer Hand genommen wird, was mit der anderen Hand gegeben wird.

Umgekehrt wird sogar rechtspolitisch die Forderung erhoben, das Streikrecht auch für Arbeitnehmer des Öffentlichen Dienstes einzuschränken, um die

30. EGMR, Urteil v. 12. 11. 2008 – 34503/97 – Rn. 147 ff. (Demir und Baykara ./ Tür- kei); EGMR, Urteil v. 21. 4. 2009 – 68959/01 – Rn. 24, 32 (Enerji Yapi-Yol Sen ./ Türkei).

31. Hierzu mit unterschiedlichen Lösungen VG Kassel, Urteil v. 27. 7. 2011 – 28 K 574/10. KS.D – LKRZ 2012, 30 ff.; VG Osnabrück, Urteil vom 19. 8. 2011 – 9 A 1/11 – NdsVBl. 2012, 25 ff.; *Jürgen Kutzki*, Beamte und Streikrecht – eine aktuelle Bestandsaufnahme, DÖD 2011, 169 ff.; *Matthias Niedobitek*, Denationalisierung des Streikrechts – auf für Beamte, ZBR 2010, 361 ff.; *Schubert* (Fn. 24), S. 106 ff.; *Stefan Werres*, Der Einfluss der Menschenrechtskonvention auf das Beamtenrecht, DÖV 2011, 873, 879 ff.

32. *Kunig* (Fn. 3), 6. Kap. Rn. 159; *Vofßkuble* (Fn. 2), § 43 Rn. 17.

sogenannte „Geiselaft-Problematik“ einzuschränken.³³ Durch streikende Staatsdiener werden in der Regel nicht die öffentlichen Arbeitgeber, sondern die Bürger geschädigt, die auf die staatlichen Dienstleistungen angewiesen sind. Streik im öffentlichen Dienst funktioniert also in der Regel nicht als wirtschaftliches, sondern allein als politisches Druckmittel, in dem bestimmte staatliche Infrastrukturen lahmgelegt werden, auf die jedermann angewiesen ist. Dies ist gemeint, wenn gesagt wird, dass die Allgemeinheit für die Forderungen der Streikenden gleichsam in „Geiselaft“ genommen wird. Anders wäre es nur, wenn die Steuerverwaltung länger streiken würde, aber so etwas ist bisher noch nicht vorgekommen.

Ob durch Einschränkung des Streikrechts (nur) für Arbeitnehmer des Öffentlichen Dienstes diese Geiselaft-Problematik heute noch wesentlich eingeschränkt werden kann, erscheint jedoch als zweifelhaft. Die besonders kritisierten „neuen“, für deutsche Verhältnisse sehr rücksichtslosen Streiks im Bereich des Bahnverkehrs und des öffentlichen Personennahverkehrs lassen sich hiermit seit der in diesen Bereichen erfolgten Privatisierungen jedenfalls kaum noch erreichen.

2. Lebenszeitperspektive mit gesetzlich geregelten Aufstiegschancen oder tarifvertragliche Modelle

a) Ein anderes aktuelles Diskussionsfeld hängt damit zusammen, dass Leitbild des Beamtenrechts nach wie vor der Beamte ist, der sich zu Beginn seines Berufslebens für den öffentlichen Dienst entscheidet, dort zunächst klein anfängt und sich dann so weit wie möglich hocharbeitet, bis er die Altersgrenze erreicht und in den Ruhestand versetzt wird. Ein „Quereinstieg“ in das Beamtenverhältnis aus der Privatwirtschaft ist zwar möglich, jedoch eher ungewöhnlich. Dies ist zunächst im beamtenrechtlichen Ausbildungssystem angelegt, das – trotz aller Reformen in den letzten Jahren in Bund und Ländern – nach wie vor nach dem sog. „Laufbahnprinzip“ aufgebaut ist.³⁴ Dies bedeutet, dass alle Ämter in Laufbahnen zusammengefasst werden, für die die Beamten einheitlich vorgebildet und ausgebildet werden. Diese Laufbahnen geben dem Berufsweg des Beamten eine feste Ordnung. Er steigt – wenn er sich bewährt – immer weiter auf der Leiter. Hat der Beamte nach seiner Einstellung die im Anschluss

33. S. hierzu z. B. den Überblick bei *Patrizia Robbe*, Grenzen des Streikrechts, Ausarbeitung des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestags, 2007, S. 9 ff.

34. Zusammenfassend *Völske* (Fn. 5), Rn. 33 ff.

an einen Vorbereitungsdienst abzuleistende Laufbahnprüfung bestanden, steht fest, dass er das Grundwissen für *alle Ämter* seiner Laufbahn hat.³⁵ Seine Beförderung hängt im Weiteren davon ab, ob er sich jeweils in seinem bisherigen Amt bewährt hat – und natürlich davon, ob freie Beförderungstellen vorhanden sind. Weitere Beamtenprüfungen sind nicht mehr vorgesehen.

Traditionell gab es insoweit vier allgemeine Laufbahnen. Welcher Laufbahngruppe ein Beamter angehört, bestimmte sich nach seiner Vorbildung: Schulabschluss, Hochschulreife oder abgeschlossenes Studium. Dies schloss im Grundsatz aus, dass ein Beamter der „unteren“ Laufbahnen höher bewertete Ämter erhalten konnte als sie seine Laufbahn vorsieht. Die Karrieremöglichkeiten für einen in einer unteren Laufbahn eingestellten Beamten waren somit von vornherein begrenzt. Dies ist aber mit – unterschiedlichen Modellen in den verschiedenen Bundesländern – zunehmend flexibilisiert worden, ein „Sprung“ von einer Leiter zur nächsten wird immer leichter möglich, setzt aber zumeist eine weitere Prüfung voraus.³⁶

b) Bei den Arbeitnehmern des Öffentlichen Dienstes ist ein solches Laufbahnprinzip *gesetzlich* nicht vorgesehen, weil sie nicht auf Lebenszeit, sondern in der Regel auf unbestimmte Zeit eingestellt werden – und zwar nur für eine bestimmte Tätigkeit: Als Lehrer, Schreibkraft usw.³⁷ Eine Beförderung findet daher in der Regel nicht innerhalb des bestehenden Vertragsverhältnisses statt, sondern setzt dessen Änderung voraus. Allerdings haben die Tarifvertragsparteien tarifvertraglich teilweise laufbahnähnliche Aufstiegsmöglichkeiten vertraglich vereinbart, jedoch sind diese Quasi-Laufbahnen eng begrenzt.

c) Als Hauptproblem des beamtenrechtlichen Laufbahnprinzips wird nun seine fehlende Flexibilität gesehen – zum einen für den Personaleinsatz der betroffenen Beamten, die bereits innerhalb einer Laufbahn sind, zum anderen

35. *Michael Günther*, Laufbahnbewerber und Außenseiter, 2005, S. 34.

36. Siehe zu den Änderungen: *Michael Förster*, Die Reform des Dienstrechts in Brandenburg und anderen Bundesländern, LKV 2009, 497, 500 f.; *Beate Grunewald/Bettina Lösch*, Das neue Laufbahnrecht des Bundes, RiA 2008, 201 ff.; *Boris Hoffmann*, Neues Laufbahnrecht in Bund und Ländern – eine vergleichende Betrachtung, DÖD 2012, 25 ff.; *Holtwisch*, Einführung in das Recht des Laufbahnwechsels, Verwaltungsrundschau 2009, 41, 43 ff.; *Leonhard Kathke*, Das bayerische Leistungslaufbahngesetz, RiA 2011, 56 ff.; *Dirk Nebel*, Das Gesetz zur Neuordnung des Landesbeamtenrechts in Sachsen-Anhalt im Überblick, LKV 2010, 62, 63 ff.; *Matthias Pechstein*, Das Laufbahnrecht in der Gesetzgebungskompetenz der Länder, ZBR 2008, 73 ff.; *Cornelia Peters/Beate Grunewald*, Paradigmenwechsel im Laufbahnrecht des Bundes, ZBR 2009, 1 ff.; *Erich Seeck/Reinhard Rieger*, Neues Laufbahnrecht der norddeutschen Küstenländer, RiA 2011, 1 ff.

37. *Kunig* (Fn. 3), 6. Kap. Rn. 187.

für Quereinsteiger – aus der Privatwirtschaft aber auch für solche Arbeitnehmer des Öffentlichen Dienstes, die aus dem Angestelltenverhältnis in das Beamtenverhältnis zu wechseln wünschen. Insoweit ist teilweise höchst schwierig, deren Vorbildung adäquat bei der Laufbahneinstufung zu berücksichtigen. Die Länder experimentieren insoweit mit dem Laufbahnprinzip, reduzieren die Anzahl der Laufbahnen, machen diese durchlässiger usw.³⁸ Ob sich die Probleme mit diesen Experimenten wirklich lösen lassen, ist aber insoweit noch offen.

3. Fürsorge des Dienstherrn oder Teilnahme an allgemeinen Sozialversicherungssystemen

a) Nicht gelöst werden hierdurch jedenfalls die faktischen Flexibilitätsgrenzen, die durch die Nichtteilnahme der Beamten an den allgemeinen Sozialversicherungssystemen entstehen. Sie schließen es vielfach aus, dass Beamte in die Privatwirtschaft wechseln, weil sie ihre spezielle beamtenrechtliche Altersvorsorge insoweit jedenfalls nicht vollständig „mitnehmen“ können. Ausscheidende Beamte werden zwar in der gesetzlichen Rentenversicherung „nachversichert“, verlieren hierdurch aber ca. 50% der bereits erdienten Altersbezüge. Heute wird man sagen können, dass diese Probleme den politisch Verantwortlichen zumindest bewusst sind – echte Lösungen sind jedoch nur in Baden-Württemberg geschaffen worden, die es seit Kurzem ermöglichen, die „erdiente“ beamtenrechtliche Altersversorgung in die Privatwirtschaft zu 100% „mitzunehmen“.³⁹

b) Umgekehrt ist es für Angestellte des öffentlichen Dienstes aber auch für in der Privatwirtschaft Tätige mit zunehmendem Alter schwierig, in das Beamtenverhältnis einzuwechseln. Dies hängt mit der Notwendigkeit von Gesundheitsprüfungen zusammen – in zweierlei Hinsicht: Zunächst darf der Dienstherr nur „gesunde“ Beamte einstellen, was aus dem Lebenszeitprinzip hergeleitet wird. Dem liegt aber vor allem auch das Anliegen zu Grunde, das vom Dienstherrn teilweise zu übernehmende Krankheitsrisiko des Beamten zu minimieren.⁴⁰ Zum anderen müssen sich angehende Beamte privat krankenversichern,

38. S. hierzu die in Fn. 36 genannten Beiträge.

39. S. hierzu *Jürgen Lorse*, Dienstrechtsreform in Baden-Württemberg, ZBR 2011, 1 ff.

40. S. nur BVerwG, Urteil v. 17. 5. 1963 – II C 87/59 – ZBR 1963, 215; VG Bremen, Urteil v. 14. 10. 1999 – 6 K 2099/97 – NVwZ-RR 2000, 310 f.; VG Darmstadt, Urteil v. 24. 6. 2004 – 1 E 470/04 (3) – NVwZ-RR 2006, 566 ff.

da die Krankheitskosten nicht vollständig vom Dienstherrn übernommen werden. Der Abschluss eines privaten Krankenversicherungsvertrags setzt aber in der Regel eine Gesundheitsprüfung voraus und wird mit zunehmendem Alter immer schwieriger und teurer.

c) Als Folge der Verlagerung maßgeblicher Gesetzgebungskompetenzen für das Beamtenrecht auf die Länder stellt sich jedoch mittlerweile auch der Wechsel von Beamten in den Dienst eines anderen Landes oder in den Bundesdienst und umgekehrt als größeres Problem dar. Sie sind nur möglich, wenn auch die Kosten der Altersversorgung zwischen dem früheren und dem neuen Dienstherrn geteilt werden. Hierzu musste ein neuer Staatsvertrag zwischen Bund und Ländern geschlossen werden⁴¹ – und dennoch weigern sich viele Länder jedenfalls in bestimmten Bereichen, Beamte aus einem anderen Land, die älter als 45 Jahre sind, zu übernehmen.

4. *Die Diskussion über die leistungsorientierte Bezahlung*

Ein weiterer Dauerbrenner in der Diskussion über die Reform des öffentlichen Dienstrechts ist die Frage der leistungsorientierten Bezahlung von Beamten und von Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes. Es sind insoweit gewisse Ansätze in das Beamtenrecht und in die Tarifverträge der Arbeitnehmer eingeführt worden⁴² – allerdings sind die Ergebnisse ernüchternd, vielleicht weil die meisten Staatsdiener weniger faul sind als angenommen. Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass sich weder der Bund noch die Länder eine echte leistungsorientierte Bezahlung leisten können und die Anreizwirkungen von kleinen Summen zu gering sind als dass sich der Verwaltungsaufwand, der mit der Ein- und Durchführung von leistungsorientierten Bezahlungssystemen verbunden sind, lohnt.⁴³

Daher wird mittlerweile eher über den Abschied von Lebenszeitprinzip für Beamte und Angestellte nachgedacht, um sich von „Leistungsbremsen“

41. S. hierzu *Ulrich Pflaum*, Versorgungslastenteilung nach der Föderalismusreform I, RiA 2011, 97 ff.; *Wilhelm Wahlers*, Der Staatsvertrag über die Verteilung von Versorgungslasten bei bund- und länderübergreifenden Dienstherrnwechseln, ZBR 2010, 406 ff.

42. S. hierzu den Überblick bei *Jörn Ipsen*, Leistungsprämien und Leistungszulagen im öffentlichen Dienst, NdsVBl. 2011, 392 ff.

43. S. hierzu aus ökonomischer Perspektive *Holger Mühlkamp*, Leistungsbezahlung im öffentlichen Sektor unter dem Regime der „Kostenneutralität“: Warum sie nicht wirklich funktionieren kann, in: *Siegfried Magiera/Karl-Peter Sommermann/Jacques Ziller* (Hrsg.), *Verwaltungswissenschaft und Verwaltungspraxis in nationaler und transnationaler Perspektive – Festschrift für Heinrich Siedentopf*, 2008, S. 637 ff.

schneller trennen zu können. Nicht verkennen darf man in dieser Diskussion jedoch, dass die mit dem Lebenszeitprinzip verbundene gesicherte Rechtsstellung natürlich die Attraktivität des öffentlichen Dienstes ganz erheblich erhöht. Sie kann insbesondere dazu führen, dass sich die Staatsdiener auch dann noch als durchaus angemessen besoldet ansehen, wenn sie für eine vergleichbare Tätigkeit in der Privatwirtschaft ein wesentlich höheres Entgelt erhalten würden.

5. Gewährleistung der Bestenauslese bei Einstellung und Beförderung

Als wohl nach wie vor schwierigstes *Rechtsproblem* des Recht des Öffentlichen Dienstes schlechthin, das zunehmend die Gerichte beschäftigt, stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien Beamte und Angestellte des Öffentlichen Dienstes eingestellt und befördert werden. Aus deutscher Sicht kann der öffentliche Dienst seinen besonderen Funktionen nur nachkommen, wenn als Kriterium für die Einstellung und die Beförderung von Beamten und Angestellten ausschließlich deren Eignung, Befähigung und fachliche Leistung maßgeblich ist, Stellen im öffentlichen Dienst also nicht etwa nach parteipolitischen Kriterien oder auf Grund persönlicher Beziehungen und Freundschaften vergeben werden. Ein entsprechender Grundsatz ist in Art. 33 Abs. 2 des Grundgesetzes ausdrücklich normiert. Zunehmend greifen Bewerber um Beförderungsstellen im öffentlichen Dienst auch Beförderungsentscheidungen gerichtlich mit der Begründung an, sie seien für den jeweiligen Posten besser geeignet als der ausgewählte Bewerber. Insoweit hat sich in den letzten Jahren eine höchst komplexe Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte für das Beamtenrecht entwickelt,⁴⁴ die die Arbeitsgerichtsbarkeit für die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes weitgehend übernommen hat.⁴⁵ Es handelt sich also um ein allgemeines Problem des öffentlichen Dienstrechts, nicht nur um ein Problem des Beamtenrechts. Dessen Lösung hat auch gewisse Ähnlichkeiten mit Streitigkeiten um die Ver-

44. Zu den jüngsten Entwicklungen: *Hellmuth Günther*, Neue Balance von Leistungsprinzip, Statusamtstabilität und Bewerberrechtsschutz, ZBR 2011, 49 ff.; *Josef Franz Lindner*, Beförderungen in personalintensiven Verwaltungen, RiA 2012, 10 ff.; *Christoph-David Munding*, Die beamtenrechtliche Konkurrentenklage im Wandel der Rechtsprechung von BVerwG und BVerfG, DVBl. 2011, 1512 ff.; *Thomas von Roetteken*, Konkurrentenschutz im Beamtenrecht nach dem Urteil des BVerwG vom 4. 11. 2010 – 2 C 16.09, ZBR 2011, 73 ff.; *Wolf-Rüdiger Schenke*, Neues zur Konkurrentenklage, NVwZ 2011, 321 ff.

45. *Werner Laubinger*, Die Konkurrentenklage im öffentlichen Dienst, ZBR 2010, 332 (334 ff.); ferner die Nachw. bei *U. Stelkens* (Fn. 29), § 35 Rn. 128.

gabe öffentlicher Aufträge. Diese Klagen werden politisch durchaus negativ gesehen, weil sie flexible Personalentscheidungen hemmen können. Sie sind jedoch der Preis eines öffentlichen Dienstes, der sich grundsätzlich durch Sachverstand, nicht durch persönliche Freundschaften oder parteipolitische Bindungen legitimiert.



**Servei públic:
funcionaris o contractes laborals?**

SERVEI PÚBLIC: FUNCIONARIS O CONTRACTES LABORALS?

Joan Mauri Majós

Professor titular (EU) de dret administratiu de la Universitat de Barcelona

La privatització dels sistemes de funció pública en els països de la Unió Europea s'està portant a terme a través d'una pluralitat de vies que a efectes expositius podríem agrupar de la forma següent:

- a) La utilització del contracte de treball en la relació jurídica de servei públic amb el consegüent desplaçament del règim estatutari com a forma ordinària de prestació de serveis a l'Administració.
- b) La introducció d'instruments de gestió de recursos humans utilitzats en l'empresa privada que impacten i transformen les regles clàssiques del sistema de carrera per tal d'apropar-lo al sistema d'ocupació.
- c) La implantació d'un nou esquema de valors en el servei públic amb l'afirmació de nocions referencials aportades per la nova gestió pública i fonamentades en els principis d'eficiència, orientació als resultats i gestió flexible dels recursos humans.
- d) El reconeixement dels drets col·lectius dels funcionaris, amb l'afirmació de la llibertat sindical, la negociació col·lectiva i la vaga en el sistema estatutari.

La meua intervenció vol explorar la primera de las línies enunciades des de l'evolució del sistema de funció pública de l'Estat espanyol, que pot ser una bona mostra de les diferents possibilitats que ofereixen les polítiques d'aproximació de règims jurídics entre el treball públic i el privat i, perquè no dir-ho, de la incertesa i la precarietat dels seus resultats en una situació de dèficit fiscal i restricció pressupostària.

Al respecte, s'ha de partir de la dada essencial que en el nostre dret de la funció pública no hi ha hagut fins a dates molt recents, criteris materials de diferenciació amb el caràcter de norma bàsica de l'Estat, amb la qual cosa cadas-

cuna de les lleis de funció pública de les comunitats autònomes ha tingut la possibilitat de fixar el règim jurídic dels llocs de treball en les respectives administracions públiques.

La inexistència de límits objectius en la definició de l'àmbit de l'estatut de personal va desembocar en el seu dia en la consideració del règim jurídic de la prestació de serveis com una pura tècnica d'organització que es podia utilitzar instrumentalment per la mateixa Administració, de forma tal que era la voluntat administrativa la que, de fet, acabava determinant la naturalesa de la relació en qüestió.

Aquesta situació va canviar amb la promulgació de la Constitució espanyola de 1978. La Constitució es refereix a la funció pública de manera expressa en el seu article 103.3 CE, segons el qual: «La llei regularà l'estatut dels funcionaris públics, l'accés a la funció pública d'acord amb els principis del mèrit i de la capacitat, les peculiaritats de l'exercici del seu dret a la sindicació, el sistema d'incompatibilitats i les garanties per a la imparcialitat en l'exercici de les seves funcions». D'aquest precepte, la doctrina en va deduir tres conseqüències essencials: el text fonamental havia optat per un règim estatutari en la definició de les relacions de prestació de serveis a l'Administració; la Constitució reservava a la llei la regulació del règim estatutari de funció pública; el règim estatutari, com a forma de prestació de serveis a l'Administració, havia quedat garantit per la norma constitucional.

Tanmateix, aquest plantejament es va considerar compatible amb l'admissió de la contractació de personal laboral per prestar serveis a les administracions públiques, entenent que l'única cosa prohibida per la Constitució és que la llei articulés un sistema d'ocupació pública integrat exclusivament per laborals, advertint que el mandat constitucional s'acomplia amb l'existència d'un nucli de funcionaris sotmès a un estatut de dret públic.

Aquesta interpretació avalava la doctrina d'una opció constitucional relativament neutra sobre el règim jurídic de l'ocupació pública, tesi que va ser acoïllida pel primer legislador de la funció pública democràtica a través de la Llei 30/1984, de 2 d'agost, de mesures per a la reforma de la funció pública. Precisament, aquesta norma optava per un model en el qual el règim funcional i laboral es configuraven com d'utilització indistinta, remetia al Govern la determinació dels llocs de treball que s'havien de reservar als funcionaris públics en atenció a la naturalesa del contingut de les seves funcions.

La STC 99/1987, de 11 de juny, declara aquesta opció inconstitucional i afirma la doctrina de la preferència estatutària o preferència per la relació de funció pública en la prestació de serveis a l'Administració, el que va provocar la

corresponent modificació legal adoptada d'acord amb la Llei 23/1988, de 28 de juny, que va introduir en el nostre sistema el principi de cobertura general de tots els llocs de treball públics per personal funcionari. D'aquesta manera es considerava la contractació laboral un supòsit excepcional de caràcter potestatiu i no imperatiu que era procedent únicament i exclusivament en llocs determinats legalment d'una forma no sistemàtica, basant-se en la seva naturalesa no permanent, de caràcter periòdic i discontinu, i en activitats que poguessin requerir coneixements tècnics especialitzats, pròpies d'oficis, de caràcter instrumental o de naturalesa auxiliar.

Tanmateix, el cert és que aquesta tesi, i la correlativa definició legal de la situació, no va aturar l'intens procés de laboraltització, fins al punt que la dualitat de règims jurídics es va constituir en una dada consubstancial al mateix model d'ocupació pública de l'Estat espanyol desplegat amb un increment notable d'efectius entre els anys 80 i 90. Al final de l'última de les dècades esmentades, aquesta és una situació consolidada sense un exprés suport constitucional. Encara més, aquesta és una situació irreversible atesa l'extensa difusió del contracte laboral en determinats segments de l'ocupació pública, en els quals la relació laboral és sens dubte la relació jurídica dominant en el corresponent sistema de recursos humans, tal com succeeix en l'ocupació pública local o en el sistema institucional del sector públic.

D'aquí la formulació d'una sortida teòrica que no es planteja en termes de alternativitat, si no de superació de la situació existent. Descartada l'opció per una funcionarització generalitzada, que es considera poc factible i adequada, i davant de la impossibilitat constitucional d'una laboraltització de l'ocupació pública, la sortida és la confecció d'un estatut que resulti comprensiu de tots els principis i regles que s'han de considerar de necessària aplicació a tots els que presten serveis professionals a una administració, amb independència de la naturalesa jurídica de la relació.

El punt de partida d'aquesta concepció consisteix a modificar el prisma d'enfocament. No es tracta d'insistir en el règim jurídic de la relació d'ocupació, plantejament que s'ha demostrat estèril fins al moment, es tracta de situar en un primer pla l'element essencial comú als dos tipus de relació: el subjecte titular de la relació, el subjecte «empresarial», que és sempre una administració pública caracteritzada per uns determinats principis constitucionals entre els quals es consideren essencials el deure de servir amb objectivitat els interessos generals amb interdicció expressa de l'arbitrarietat, que substitueix a l'autonomia de la voluntat pròpia del contracte de treball i sotmet el poder de direcció a un control de racionalitat del qual es troben lliures els empresaris privats, i el principi

d'igualtat d'oportunitats i no discriminació, que a l'àmbit públic requereix en l'accés i la pèrdua de la relació de serveis unes exigències específiques d'acreditació o consideració de la capacitat i el mèrit.

A partir d'aquí s'admet que han d'existir elements del règim jurídic de l'ocupació pública que s'han d'aplicar per igual a tots els professionals al servei d'una persona pública, i que aquests elements es poden deduir sense esforç del estatut constitucional de l'Administració. En aquest espai, la distinció entre funcionaris i contractats laborals deixa de tenir sentit per coincidir en una regulació unitària dels elements essencials que configuren tota relació d'ocupació pública. Aquesta regulació tindrà en compte que els principis constitucionals que articulen l'organització i l'acció de les administracions públiques – el servei amb objectivitat als interessos generals, el principi d'eficàcia i jerarquia en el seu model d'organització i la submissió plena a la llei i al dret– s'han de projectar sobre el règim jurídic del seu personal amb independència que aquest règim es pugui regir per normes de dret administratiu o de dret laboral.

En aquest debat té una influència decisiva la STC 37/2002, de 14 de febrer, en la qual se segueix mantenint el principi de preferència pel règim estatutari, però s'accepta que la definició de l'àmbit de l'estatut es pugui construir basant-se en un seguit de funcions que es reserven als funcionaris– aquelles que impliquin l'exercici d'autoritat i que vinguin exigides per una millor garantia de l'objectivitat, la imparcialitat i la independència en l'exercici de les funcions públiques. El canvi, que en principi no sembla rellevant envers als pronunciaments anteriors, acaba sent substancial. Senzillament, la distribució de funcions es construeix ara no sobre la base d'un principi general en favor del règim estatutari per a la prestació de serveis públics i un seguit d'excepcions que permeten la contractació de personal laboral en supòsits taxats, sinó sobre la base d'una reserva de funcions per als funcionaris, és a dir, el personal laboral deixa de ser una excepció en el règim jurídic de l'ocupació pública i passa a ser considerat una forma de gestió ordinària dels mitjans personals de l'Administració que, concretament, no es pot utilitzar en determinats activitats qualificades dels poders públics.

Consegüentment, quan es decideix abordar una nova legislació d'ocupació pública, la seva concepció té en compte els paràmetres especificats com a condicionants previs, amb el resultats següents:

- a) L'acceptació com a factor estructural de l'articulació dual de l'ocupació pública i l'assumpció que aquest particular model de gestió planteja serioses disfuncions que es volen solucionar aproximant el contingut de la relació dels empleats públics amb contracte laboral al règim jurídic dels funcionaris.

- b) La unificació parcial de règims jurídics es pretén aconseguir traslladant tot un seguit de principis i regles públiques als elements essencials del contracte de treball, el que sens dubte produeix una singularització de la relació laboral en l'ocupació pública semblant a les relacions laborals especials que es coneixen i s'admeten en l'Estatut dels treballadors.
- c) Aquesta operació pressuposa la plena normalització del contracte de treball com a forma de prestació de serveis a les administracions públiques, compatible amb l'existència d'un espai reservat als funcionaris d'acord amb una qualificació funcional que únicament comprèn els llocs de treball que suposin una participació directa o indirecta en l'exercici de potestats públiques i en la salvaguarda dels interessos generals de l'Estat i de les altres entitats territorials, fórmula que s'indueix del dret comunitari i que s'ha construït amb la finalitat funcional d'evitar que els estats poguessin limitar excessivament la lliure circulació dels treballadors en l'espai europeu acudint a l'excepció de les «ocupacions en l'Administració» que es preveuen als tractats comunitaris; a partir d'aquí, s'ha estat realitzant una interpretació d'aquesta noció que ha conclòs que el concepte «ocupacions en l'Administració» s'ha de limitar únicament i exclusivament als llocs que suposin una participació en l'exercici de potestats o en la salvaguarda dels interessos generals de l'Estat o de l'Administració pública, en tot cas, la jurisprudència del TSJCE sembla interpretar que la noció «exercici dels poders públics», s'ha de referir a funcions resolutòries, de decisió o d'investigació, que exterioritzin una activitat de l'Administració que tinguin una directa transcendència per a la situació jurídica d'altres subjectes de dret i que s'hagin d'ajustar a les notes d'objectivitat, imparcialitat i independència pròpies de la funció pública.

Aquestes posicions són les que fonamenten la nova regulació de l'ocupació pública incorporada a la Llei 7/2007, de 12 d'abril, de l'Estatut bàsic de l'empleat públic (EBEP), que ha optat per configurar un estatut bàsic per a tots els empleats de totes les administracions públiques de l'Estat espanyol.

Aquesta legislació s'articula sobre un concepte atípic –l'empleat públic– que es considera adequat per identificar una realitat que es vol unitària i a la vegada diferenciada –funcionaris i contractats laborals– d'acord amb els principis i regles comunes. Per això, en el dret de l'ocupació pública espanyola difícilment es pot plantejar l'alternativa funcionaris o laborals, la resposta a aquesta dicotomia sols pot ser una: empleats públics.

En aquesta direcció, la nostra legislació diu que són empleats públics els que desenvolupen funcions retribuïdes en les administracions públiques al servei dels interessos generals. El concepte empleat públic identifica a les persones que desenvolupen un lloc de treball remunerat al servei d'una entitat pública, però la relació que vincula a aquest personal pot tenir una doble naturalesa jurídica: pot ser de caràcter estatutari i estar sotmesa al dret administratiu o de caràcter contractual i estar sotmesa al dret laboral.

D'aquesta manera, la legislació de l'Estatut de l'empleat públic normalitza el contracte de treball en l'Administració, però el cost de l'operació d'interiorització és la seva alteració i, fins i tot, la seva desnaturalització. El contracte de treball dels subjectes privats no és, no pot ser, el contracte de treball dels subjectes públics.

L'EBEP estableix els principis generals i els instituts jurídics que resulten d'aplicació a les relacions jurídiques d'ocupació pública i ho fa sens perjudici de les normes legals aplicables al personal laboral al servei de l'Administració pública. Les normes públiques aplicables als contractats laborals de les administracions públiques demanen que els treballadors de les administracions siguin seleccionats d'acord amb els principis d'igualtat i mèrit, als quals s'apliqui el sistema d'incompatibilitats que garanteixi l'eficàcia administrativa o que es determinin les seves retribucions d'acord amb les necessitats generals derivades del manteniment del principi d'equilibri pressupostari. De fet, en el nou estatut, les normes de dret públic que s'apliquen al règim jurídic del contracte de treball no són precisament poques: s'estenen als principis generals d'actuació, creen nous tipus de personal laboral, introdueixen sistemes d'avaluació del desenvolupament, limiten els seus increments retributius, creen noves instàncies de negociació col·lectiva i regulen directament el seus deures professionals, la selecció, l'accés, la planificació d'efectius, l'ordenació de l'activitat professional i el règim disciplinari.

L'operació és simple: la normalització del contracte de treball a les administracions pressuposa la publicació d'una part important del seu règim jurídic. Però aquesta operació d'incorporació parcial i inacabada té en la mixtura de règims jurídics la seva contradicció —i la seva debilitat— principal. La convivència de les normes de dret públic que regulen el contracte de treball amb les normes de dret privat pròpies d'aquest tipus contractual no és fàcil. L'EBEP és un estatut de principis i normes de dret públic directament projectades sobre la legislació laboral. Per tant, el problema resideix en el sistema de relacions que mantingui la norma que regula l'estatut de treball públic amb la norma que regula l'estatut del treball privat. El personal laboral al servei de les administra-

cions es regeix, per la legislació laboral i per les altres normes convencionalment aplicables, i també pels preceptes de l'estatut dels empleats públics. A primera vista, sembla que la relació entre els preceptes de l'estatut dels treballadors i els preceptes de l'estatut dels empleats públics resulta d'una tranquil·la concurrència en la qual no es planteja el sorgiment de possibles antinòmies. Però si s'aprofundeix en els preceptes de l'EBEP, les relacions entre els cossos jurídics del treball públic i del treball privat esdevenen més complexes. Hi ha relacions de remissió, complementarietat, supletorietat directa i inversa, suplementarietat, reenviament condicionat o incorporació tàcita, sense que s'hagi procurat establir un criteri sobre l'abast dels conceptes o de les conseqüències d'una determinada remissió o d'una relació concreta, amb la qual cosa les possibilitats de col·lisió normativa o de pura interpretació interessada, basant-se en la selecció de principis o preceptes d'un i altre sistema normatiu, poden arribar a ser significatives.

I la unificació no deixa de ser una unificació parcial. La línia de frontissa entre la relació estatutària i el contracte de treball en el sector públic es vertebrava entorn al concepte d'inamobilitat. La inamobilitat és una condició pròpia del funcionari de carrera i al personal laboral al servei de l'Administració pública, després del Reial decret llei 3/2012, de 10 de febrer, de mesures urgents per a la reforma del mercat de treball, li resulta d'aplicació l'acomiadament per causes econòmiques, tècniques, organitzatives o de producció, ja que s'entén que hi concorren causes econòmiques quan es produeix una situació d'insuficiència pressupostària sobrevinguda i persistent per al finançament dels serveis públics corresponents.

El tema és important i produeix un viratge extrem en una operació d'unificació de règims jurídics iniciada en una etapa de creixement econòmic. La crisi econòmica, la insuficiència pressupostària i la necessitat d'equilibrar les despeses públiques tornen a fer palesa la singularitat estructural del personal laboral al servei de les administracions públiques, posant en qüestió la lògica d'aproximació entre règims jurídics i recuperant el «dualisme diferencial» entre funcionaris i personal laboral des de la lògica estricta de la seva estabilitat en el servei públic. Senzillament, la relació laboral deixa de ser segura i el personal al servei de l'Administració pressiona per una adequada classificació dels llocs de treball i per una recuperació de l'estatut funcionarial. Ara el que queda per veure és si el règim estatutari és el general de la relació de serveis a les administracions públiques o passa a ser excepcional.

Bibliografía

- ALARCON CARACUEL, MANUEL RAMON. *La nueva configuración legal de la relación de empleo público. Funcionarios y contratados laborales*, Instituto de Administración Local, Sevilla, s/f.
- BOLTAINA BOSCH, XAVIER. *Los puestos de trabajo del personal laboral en las administraciones públicas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.
- CANTERO MARTÍNEZ, JOSEFA. «La decisión administrativa de externalizar y su repercusión en el empleo público. Límites y pautas para su adopción», en Ortega Alvarez, Luís. *Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?*, INAP, Madrid, 2011.
- DRUESNE, GÉRARD. «Systemes de carrière, systèmes d'emploi; quelles tendances d'évolution?», en ONNÉ-ABBRUCIATI, MARIE-LAURIE (direction), *Les fonctionnaire est-il un salarié comme les autres?*, Bruylant, Bruxelles, 2003.
- ENTRENA CUESTA, RAMÓN. «El régimen estatutario de los funcionarios públicos como posulado constitucional», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, II, Civitas, Madrid, 1991.
- Informe de la Comisión para el estudio y la preparación del Estatuto Básico del Empleado Público. INAP, Madrid, 2005.
- LÓPEZ GOMEZ, José Manuel. *El régimen jurídico del personal laboral de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1995.
- MALARET GARCÍA, Elisenda i MAURI MAJÓS, Joan. «L'emploi públic: entre publication des salariés contractuels et privatisation du statut des fonctionnaires», *Revue française d'administration publique*, 132, 2010.
- MONTORO CHINER, María Jesús. «Para la reforma del empleo público. Nueve proposiciones», *Revista de Administración Pública*, 136, 1995.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto. «La problemática determinación del régimen jurídico del personal laboral al servicio de la Administración y, especialmente, de la Administración Local», *Revista de Estudios Locales*, 112, 2008.
- SANCHEZ MORÓN, Miguel. «Reflexions sobre les vinculacions constitucionals en matèria d'ocupació pública», *Autonomies*, 24, 2/1999.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio V. «La relaciones de ET y EBEP», *Actualitat Juridica Aranzadi*, 731, 2007.
- WEERTS, Sophie. «L'europeanisation de la fonction publique: illustration du phénomène a travers un examen jurisprudentiel de quelques principes généraux du droit de la fonction publique», en Depré, Sébastien et Molitor, Cédric (éd.), *Etat des lieux de la fonction publique*, Bruylant, 2005.



La participación ciudadana en la ordenación urbanística y la admisión de proyectos en el contexto del derecho a una buena administración

Sumario

1. Perspectiva del tema
2. Bases constitucionales de la participación ciudadana
3. Procedimientos de participación ciudadana en la ordenación del planeamiento urbanístico
4. La participación ciudadana en algunos sectores de las obras públicas: carreteras y ferrocarriles

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA Y LA ADMISIÓN DE PROYECTOS EN EL CONTEXTO DEL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN

Ricardo García Macho

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universitat Jaume I (Castellón)

1. Perspectiva del tema

La participación ciudadana se entiende como la cooperación de los ciudadanos en las decisiones que toma el Estado, con exclusión de las tomadas en el Parlamento, o Cámaras representativas en el plano local, autonómico, estatal y supranacional. Se está hablando de sistemas de democracia directa en sentido amplio, que no se oponen en ningún caso a la democracia representativa, sino que la complementan. El tema de la participación ciudadana se extiende más allá del ámbito del derecho y abarca otros campos como la ciencia política, la sociología, la historia,¹ etc. En el caso español las circunstancias históricas e incluso culturales y educativas han influido en la existencia de una sociedad civil con carencias de dinamismo y vertebración, cuya tradición en la participación ciudadana no se encuentra suficientemente desarrollada. En ello también ha influido de manera importante la existencia de unos poderes públicos que no la han fomentado, e incluso en muy diversas ocasiones la han frenado. Ello a pesar de que se vive una época en la que el rol del ciudadano y el Estado se encuentran en transformación, en el sentido que el ciudadano busca cauces de participación directa, ante las insuficiencias de la democracia

1. Por ejemplo en los años sesenta del siglo pasado en Europa se produjeron movimientos importantes de insatisfacción y agitación frente al sistema de democracia representativa imperante, que desembocó en el mayo francés y en otros países como Alemania el año 1969 fue considerado como «el año de las iniciativas ciudadanas». También en otros países europeos como Italia o Gran Bretaña hubo movimientos importantes a favor de una mayor participación ciudadana. España quedó al margen de esos movimientos europeos debido a las circunstancias históricas de la larga dictadura del general Franco.

representativa, para influir en las decisiones que toman los poderes públicos, y en especial la Administración, desarrollando nuevas formas de ejercicio del poder más eficientes en colaboración con los ciudadanos y asociaciones representativas.²

En la esfera del Derecho europeo los Tratados se refieren a la participación, y así en el artículo 1 del Tratado de la Unión Europea (TUE) se alude a que las decisiones sean tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos, o bien en el artículo 11 que se ocupa de la participación de los ciudadanos de la Unión y la transparencia.³ También el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) incluye en su artículo 15 la garantía de la participación de la sociedad civil, el acceso a la información y la transparencia.⁴

Por otra parte, en el ámbito del Derecho público español la Constitución de 1978 garantiza una nueva perspectiva del derecho de participación del ciudadano a través de los artículos 23 y 105 y del principio democrático (art. 1.1 CE), que, sin embargo, en la interpretación constitucional de la doctrina y jurisprudencia no ha evolucionado de manera nítida a favor de una mayor participación del ciudadano en los asuntos públicos. Parece evidente que existe una crisis o un déficit de participación, lo cual ha sido puesto de manifiesto por la doctrina con mayor o menor énfasis y en épocas diferentes.⁵

La legislación sectorial se refiere a la participación ciudadana en muy diversas normas, tanto de ámbito estatal como autonómico. En el contexto de este trabajo, que necesariamente deberá ser breve, se aludirá a diversas normas sobre urbanismo, con hincapié en el Texto Refundido de la ley de suelo (Real Decre-

2. Este es un tema del que se escribe hace ya décadas, y en el que se siguen buscando nuevos cauces de colaboración; vid. una obra ya clásica de G. F. Schuppert, *Verwaltungswissenschaft*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, con especial referencia a p. 277 y ss.

3. Véase mi «Comentario al artículo 11 del TUE», *Comentario al Tratado de la Unión Europea*, editores H.-J. Blanke/S. Mangiameli, Heidelberg, ed. Springer, próxima publicación.

4. Los derechos de participación y acceso a la información, y el principio de transparencia se encuentran estrechamente entrelazados, y en este sentido se entiende en el Derecho europeo; vid. R. García Macho, «El derecho a la información, la publicidad y transparencia en las relaciones entre la administración, el ciudadano y el público», en ed. R. García Macho, *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, M. Pons, 2010, p. 36 y ss.

5. En este sentido hace ya un par de décadas se manifestó A. Pérez Moreno, *Crisis de la participación administrativa*, En RAP, nº 119, 1989, p. 92 y ss.; y recientemente M. Sánchez Morón, *Reflexiones sobre la participación del ciudadano en las funciones administrativas en el sistema constitucional español*, en Revista catalana de dret públic, nº 37, 2008, p. 226 y ss. y L. Tolivar Alas, «Principio de participación», en J.A. Santamaría Pastor, *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Madrid, La Ley, 2010, p. 953 y ss.

to Legislativo 2/2008), y algunas otras en relación con las obras públicas, limitándose a la legislación sobre carreteras y sector ferroviario, en los que se llevan a cabo todo tipo de proyectos, incluidos grandes proyectos, y en los que la participación ciudadana se hace más perentoria.

2. Bases constitucionales de la participación ciudadana

La Constitución de 1978 ofrece base suficiente para que además de un sistema de democracia jerárquica, propio de la democracia representativa, pueda desarrollarse uno de democracia abierta, en el que la sociedad civil participe directamente en la formación de la voluntad política.⁶ Esta perspectiva encuentra apoyo en el artículo 23.1 de la Constitución cuando dice que «los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos directamente», no limitándose esa participación directa a un sistema de democracia plebiscitaria,⁷ utilizado excepcionalmente y acogido en la vía del referéndum (art. 92 CE), o bien en la iniciativa legislativa popular (art. 87.3 CE). Por otra parte, la participación directa de la sociedad civil en los asuntos públicos se refuerza mediante la estrecha relación existente entre el artículo 23.1 con el principio democrático (art. 1.1 CE), y la obligación de los poderes públicos de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2 CE).

El sistema de democracia representativa⁸ *necesariamente* debe ser complementado por un sistema de democracia directa y de participación de los ciuda-

6. Sobre la democracia jerárquica y abierta véase R. García Macho, «La transparencia en el sector público», en las Actas del VI Congreso de la AEPDA, *El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, Madrid, INAP, 2011, p. 249 y ss.

7. Aunque debe destacarse que el artículo 23.1 CE, cuando se refiere a la participación directa de los ciudadanos también incluye la democracia plebiscitaria, tal como ha sido destacado; vid. L. Aguiar de Luque/M^aD. González Ayala, «El derecho a participar en los asuntos públicos (Art. 23.1)», en O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. II, Madrid, Edersa, 1997, p. 655.

8. La democracia representativa estructuralmente contiene algunos déficits de legitimación, que han sido ampliamente descritos (por ejemplo, por J. Habermas, C. Offe o A. Fishan, entre otros) y conduce frecuentemente a que la política no busca la solución de los problemas de los ciudadanos, y mucho menos de los más necesitados, sino los que son problemas de la política en si misma, o sea la política exterior, la militar o la política económica determinada desde el exterior.

danos,⁹ teniendo en cuenta la sólida base constitucional que existe para ello, las propias exigencias en los últimos tiempos de la sociedad civil española y la tendencia evidente favorable a esa participación, acogida en los Tratados de la Unión Europea y desarrollada en el derecho secundario. Queda, sin embargo, un largo camino que recorrer en el Derecho español que pasa por el fortalecimiento de la sociedad civil, y que ese reforzamiento se plasme en una interpretación constitucional abierta a la participación ciudadana y su acogimiento en las normas de desarrollo.

Por lo que se refiere a la interpretación constitucional la doctrina no lleva a cabo una interpretación favorable a la participación directa del ciudadano en los procesos de decisión de los poderes públicos, acogida en el artículo 23.1 CE en estrecha relación con el principio democrático del artículo 1.1 de la Constitución. En efecto, la participación directa del ciudadano a la que se refiere el artículo 23.1 es una participación no sólo administrativa, sino también política, que exige un desarrollo normativo, dado que es un derecho de configuración legal. No se trata de que su plasmación concreta se encuentre en el artículo 105 CE, como así lo ha entendido frecuentemente la doctrina,¹⁰ sino que teniendo en cuenta que el poder constituyente ha incluido la participación directa del ciudadano en los asuntos públicos en el artículo 23.1 CE,¹¹ eso implica que ese precepto por sí mismo, y separadamente del artículo 105,¹² debe ser objeto de desarrollo en una ley específica y/o leyes sectoriales.

Entre el principio de democracia al que se refiere el artículo 1.1 CE y la participación directa del ciudadano en las decisiones de los poderes públicos (art. 23.1) sí existe una recíproca interrelación en el sentido que el principio democrático coadyuva a la construcción del Estado, de tal manera que los inte-

9. Sobre la necesidad de que la democracia directa complemente la representativa véase A. Sánchez Blanco, *Los derechos de participación, representación y de acceso a funciones y cargos públicos; la corrección de la unilateral perspectiva política*, en REDA nº 46, 1985, p. 223

10. Es cierto que puede existir una conexión entre el artículo 23.1 y el 105, y así ha sido destacado; vid. entre otros L. Aguiar de Luque/M^a D. González Ayala, «El derecho a participar en los asuntos públicos (Art. 23.1)», op.cit. (cita 5), p. 657, y J.M^a. Castellà Andreu, *Los derechos constitucionales de participación política en la Administración Pública*, Barcelona, Cedecs Editorial S.A., 2001, p. 230 y ss. Sin embargo, la participación directa del ciudadano en los asuntos públicos (art. 23.1 CE) ha sido acogido en la Constitución española como derecho propio de configuración legal.

11. Ese artículo 23.1 incluye no sólo el sistema de democracia plebiscitaria, sino también la participación directa de los ciudadanos en la toma de decisiones sobre los asuntos públicos.

12. De la misma manera que este artículo 105 ha sido desarrollado por diversas leyes, sin tener en cuenta el posible desarrollo del artículo 23.

reses de la sociedad en su desarrollo, o sea del ciudadano se reconocen en las instituciones estatales. El Estado no es por tanto algo previo a la democracia, algo homogéneo que es construido sólo por una minoría que participa políticamente,¹³ sino que el principio democrático vinculado a la participación directa del ciudadano desde una perspectiva constitucional pone las bases para su amplia intervención en la toma de decisiones sobre los asuntos públicos.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional mantiene, sin embargo, una interpretación restrictiva cuando vincula participación directa y artículo 23 de la Constitución. Esto se plantea a propósito de una sentencia significativa, la 119/1995, de 17 de julio, en la que, en relación con la elaboración de un Plan especial de desarrollo de un parque urbano, los recurrentes pretenden que se abra un segundo trámite de información pública, y sobre esa base establecen una vinculación entre la participación directa en los asuntos públicos del artículo 23.1 CE y ese trámite de información pública. La argumentación del alto Tribunal defiende que el artículo 23.1 hace referencia a una participación de tipo político, pero identifica democracia representativa con participación política (f.j. 2º), con lo que según el Tribunal cualquier otro tipo de participación, aunque se deduzca de ese artículo 23.1, no es política. Por otra parte, el Tribunal Constitucional relaciona la participación directa de ese artículo 23.1 con la democracia plebiscitaria (f.j. 3º), por lo que no tiene en cuenta que democracia directa y participativa son las dos caras de una misma moneda, pero vías diferentes de participación, como pone de manifiesto el artículo 11 del TUE. Es cierto, no obstante, que al final de ese fundamento jurídico 3º se dice que la ley puede ampliar los casos de participación directa, pero de manera excepcional.¹⁴ Sin embargo, posteriormente (f.j. 5º) el Tribunal nítidamente defiende que el artículo 23.1 sólo contempla la democracia representativa y la plebiscitaria, lo que excluye la democracia directa de participación de los ciudadanos en la toma de decisiones sobre los asuntos públicos.

Seguramente no puede deducirse del artículo 23.1 un derecho fundamental a un sistema de democracia participativa, como de forma reiterada dice la sen-

13. En el sentido que la actividad y participación política es cosa de una minoría y además se encauza a través de la democracia representativa lo entiende E.-W. Böckenförde; en *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp ed., 1991, p. 385.

14. La interpretación que hace el Tribunal Constitucional de ampliar los supuestos de democracia plebiscitaria por ley supone que Comunidades Autónomas (algunos de sus Estatutos lo reconocen) e incluso Entes locales podrían llevar a cabo referéndums para cuestiones puntuales que tuviesen un alto interés político y muy posiblemente con planteamientos contrapuestos en la opinión pública.

tencia 119/1995, pero eso no excluye que ese tipo de democracia esté acogida en ese artículo 23.1 como derecho de configuración legal, dado que ese precepto en los términos que se encuentra redactado incluye ese modelo de democracia. Una cosa es que la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos sea *complementaria* de la democracia representativa, y otra muy diferente es su consideración como *secundaria*, y excluida por tanto del artículo 23.1, tal como mantiene el Tribunal Constitucional. Con esta tesis el Tribunal no reconoce la existencia de cauces de participación de la sociedad civil en la legitimación democrática de los poderes públicos, es decir acepta la existencia de una democracia jerárquica, en la que el principio democrático juega un papel secundario, pero en ningún caso un sistema de democracia abierta.

3. Procedimientos de participación ciudadana en la ordenación del planeamiento urbanístico

En la elaboración de un Plan General de Ordenación Urbana (PGOU)¹⁵ los ciudadanos, a través del trámite de información pública, que otorga legitimidad democrática a los planes,¹⁶ intervienen directamente, por lo que se trata de un derecho de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, que sin lugar a dudas tiene un estrecha relación con el artículo 23.1 CE. El Tribunal Constitucional, sin embargo, considera que no existe relación entre el trámite de información pública y el artículo 23.1 CE, argumentando que no se trata de una participación política, ni una manifestación del ejercicio de la soberanía popular (f.j. 6º). En efecto, no existe un ejercicio de la soberanía popular, no obstante, no se entiende bien la razón para que el Tribunal no encuentre vinculación entre la participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos (art. 23.1 CE) y la participación de aquéllos en el trámite de información pública. Si el trámite de información pública a los ciudadanos, e incluso a asociaciones representativas, en la elaboración de un PGOU se convierte en una participación efectiva de éstos, y no solamente de

15. Debe recordarse que el Plan General de Ordenación Urbana es la pieza esencial del planeamiento urbanístico e instrumento de ordenación del territorio de un municipio.

16. La ausencia del trámite de información pública en un plan general implica su nulidad, pues como ha dicho el Tribunal Supremo (sentencia por ejemplo de 26 de diciembre de 1991-RJ 376/92) ese trámite de participación de los ciudadanos otorga legitimidad democrática al plan.

los propietarios, que es lo que ocurre habitualmente en la actualidad, y el contenido de ese trámite tiene un reflejo efectivo en el contenido final del PGOU aprobado por el Pleno del Ayuntamiento, después de la necesaria ponderación entre los diversos intereses en juego, eso significa que se trata de una participación política, cuya base se encuentra en el artículo 23.1 CE, y que se plasma en la aprobación de ese PGOU por concejales elegidos democráticamente.

En los procedimientos de planeamiento y ordenación del territorio y la ciudad, las decisiones que toman los poderes locales tienen un impacto ambiental y amplia relevancia para la calidad de vida de los ciudadanos, por lo que la participación ciudadana, para que pueda ser efectiva, debe incluir algunos requisitos, que implican el entendimiento de esa participación en un sentido amplio. Ya la Comunicación de la Comisión, de 11 de enero de 2006, sobre una Estrategia temática para el medio ambiente urbano,¹⁷ pone de relieve que entre las medidas a tomar debe fomentarse la participación, así como la realización de consultas públicas o la presentación de informes por los poderes públicos. En esta línea una participación efectiva de ciudadanos y asociaciones representativas exige el suministro a éstos de la información que poseen las autoridades y empleados públicos, la transparencia en la actuación de la Administración, que incluye la publicidad de lo que hace, todo lo cual es una condición previa de una amplia participación ciudadana, que permitirá que las decisiones o resoluciones que se tomen sean eficaces, como consecuencia de una amplia aceptación entre la sociedad civil.

Estos derechos de protección del medio ambiente, información y participación, a los que se ha hecho referencia, encuentran acogida en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (Texto Refundido de la Ley de suelo). En efecto, la Ley estatal de suelo introduce entre los derechos de los ciudadanos el de participación en los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, y también en los de ejecución, y asimismo a obtener una respuesta motivada de la Administración (art. 4-e). Vinculado a este derecho en ese mismo precepto se encuentra el de acceder a la información de que disponga la Administración sobre ordenación del territorio y urbanística y su evaluación ambiental (art. 4-c).¹⁸ La vinculación y entrelazamiento entre esos dos derechos es im-

17. COM (2005), 718 final.

18. Sobre la vinculación entre los derechos de información y participación, unido al principio de transparencia véase L. Parejo Alfonso/G. Roger Fernández, *Comentarios al Texto Refundido de la Ley del Suelo*, Madrid, ed. Iustel, 2009, p. 144 y ss.

prescindible si realmente se pretende una participación efectiva del ciudadano en esas materias, dado que sin información no es posible la participación.¹⁹

La promulgación del Texto Refundido 2/2008 ha implicado un cambio sustancial en la manera de abordar el urbanismo, introduciendo entre las disposiciones generales (Título preliminar) el derecho a la información y participación en la ordenación y ejecución urbanística, por lo que se ponen las bases para una participación efectiva de la sociedad civil, siempre que ese precepto se aplique por las Comunidades Autónomas. En este sentido, por ejemplo, en el caso de la Comunidad Autónoma Valenciana, a pesar que la Disposición final primera de ese Texto Refundido establece que el artículo 3 tiene el carácter de básico, la Ley Urbanística Valenciana (LUV) no ha transpuesto ese precepto.²⁰

Por lo que se refiere a la elaboración de los planes de urbanismo la información pública debe convertirse en un trámite esencial, lo cual apenas si se ha producido, pues las alegaciones corresponden habitualmente a los propietarios de suelo, pero no existe un auténtico debate ciudadano sobre la cuestión, que pondere los diversos intereses en conflicto. En este sentido el trámite de información pública debe replantearse en profundidad, de tal manera que se considere a lo largo del procedimiento de planeamiento un trámite esencial que permita una amplia participación de la sociedad civil, con tiempo suficiente para poder realizar las alegaciones pertinentes, y en caso de cambios importantes en esa planificación del planeamiento, establecer nuevos cauces de participación. Debe recordarse que la falta de información y publicidad de las actuaciones urbanísticas están en el origen de la corrupción en esta materia, no de otra manera pueden explicarse las fechorías que se perpetran en la ordenación del territorio en España, frecuentemente de manera directa o indirecta por los fun-

19. En profundidad sobre la necesidad de información para poder participar en relación con el Reglamento de Urbanismo de Castilla-León (Decreto 22/2004, de 29 de enero) véase E. Rivero Isern/R. Rivero Ortega, «Información urbanística y participación social», en E. Sánchez Goyanes (dir.), *Derecho Urbanístico de Castilla-León*, Madrid, El Consultor, 2005, p. 1613 y ss.

20. Eso sí la Generalitat Valenciana ha promulgado el Decreto-Ley 2/2011, de 4 de noviembre, del Consell, de Medidas Urgentes de Impulso a la Implantación de Actuaciones Territoriales Estratégicas, que, utilizando la crisis económica, permite que el Consell elabore un Plan de este tipo, que modifique el planeamiento, o sea los planes generales de los Ayuntamientos sin una participación efectiva de los ciudadanos, puesto que la participación pública será sólo de los Ayuntamientos e instituciones afectadas (art. 4.1 del decreto-ley), o sea sólo de los interesados, quedando al margen los ciudadanos, incluso a través de las asociaciones u organizaciones representativas.

cionarios y autoridades administrativas que debían preocuparse de evitarlas, lo cual ha sido recordado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.²¹

Parece necesario que se establezca una ponderación entre la eficiencia en el planeamiento y la participación ciudadana. Ello podría facilitarse si el Avance de planeamiento al que se refiere al artículo 125 de Reglamento de Planeamiento (Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio), se convirtiese en una auténtica exigencia de participación ciudadana. En la LRAU valenciana de 1994 se otorgó mayor importancia a la «eficiencia»,²² frente a la información y participación pues en su artículo 38.2-a) se establece que no será necesario un nuevo trámite de información pública, ni aunque se introduzcan cambios sustanciales en el proyecto. Los efectos de esta política urbanística están a la vista en los profundos efectos negativos de todo tipo que se han producido, y se producen, en la Comunidad Autónoma Valenciana.²³

En la Ley de suelo (T.R. 2/2008) se ha incluido que los instrumentos de ordenación territorial y ordenación y ejecución urbanísticos se sometan al trámite de información pública (art. 11.1), y asimismo que en esos procedimientos se impulse la publicidad telemática (art. 11.4). Sin embargo, es imprescindible el establecimiento de cauces específicos en las normas autonómicas y locales que faciliten en los diversos procedimientos de planeamiento y ejecución la información, transparencia y participación ciudadana. Esto se ha producido en la esfera local a través de la Disposición adicional novena del T. R. 2/2008,

21. En una sentencia de 27 de noviembre de 2009 (RJ/2010/1024) de la Sala de lo Penal establece el Tribunal, a propósito de los delitos cometidos por autoridades y funcionarios, que «la desastrosa situación a que, a pesar de la normativa legal y administrativa, se ha llegado en España respecto a la ordenación del territorio, incluida la destrucción paisajística, justifica que, ante la inoperancia de la disciplina administrativa, se acude al Derecho Penal, como última ratio» (f.j. 2º). Posteriormente el Tribunal Supremo destaca que «... el factum revela que Edelmiro se aprovechó dolosamente de su condición de alcalde para ejecutar el delito con mayor facilidad; sirviéndose, en su propio interés del cargo que los ciudadanos le habían encomendado, en vez de servir a él» (f.j. 8). En el caso concreto que se plantea la inclusión en el procedimiento, de manera ampliamente reconocida, de los derechos de información y participación de ciudadanos y asociaciones representativas hubieran seguramente evitado los delitos cometidos por aquellos funcionarios que tenían la obligación de evitarlos.

22. Plantea muchas dudas que el urbanismo valenciano haya sido eficiente a tenor de la corrupción engendrada, destrucción del paisaje, y efectos económicos demoleedoramente negativos.

23. Sobre las fechorías perpetradas en el territorio valenciano es paradigmática la obra de R. Martín Mateo, *La gallina de los huevos de cemento*, Navarra, ed. Thomson&Civitas, 2007, in toto.

añadiendo un nuevo artículo 70.ter en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de régimen local, que debería aumentar la transparencia y participación de la sociedad civil en la gestión municipal de los procedimientos urbanísticos.²⁴

4. La participación ciudadana en algunos sectores de las obras públicas: carreteras y ferrocarriles

Existe una distribución de competencias en estas materias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, puesto que el artículo 148.1.5º CE regula que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias sobre ferrocarriles y carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma,²⁵ por lo que ese precepto deberá ponderarse con el artículo 149.1.21ª y 24ª, que regula las competencias del Estado en la materia, cuando las carreteras transcurran por más de una Comunidad Autónoma.

En la normativa básica sobre carreteras estatales (ley 25/1988, de 29 de julio y Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre) se alude a la participación ciudadana a través del mecanismo de la información pública en la ley en su artículo 10.4 y en el artículo 34 del reglamento. La cuestión es que existe una limitación respecto a los temas, puesto que el trámite versa sobre las circunstancias que justifiquen la declaración de interés general de la carretera y sobre la concepción global de su trazado. Asimismo la información pública se refiere al estudio informativo, por lo que se hace en un fase intermedia de la planificación de la carretera, lo cual significa que una vez aprobado el expediente de información pública, si posteriormente se plantean cuestiones

24. Véase J. García Fernández, «La reforma de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local para combatir la corrupción en el ámbito de la vida municipal», en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 31, 2007, p 129 y ss. y M.A. García Valderrey, «Las modificaciones introducidas por el RD Leg. 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el TR de la Ley de suelo, en la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local», en *Práctica Urbanística*, nº 80, 2009, p. 7 y ss.

25. Por ejemplo el Estatuto de Autonomía de Cataluña en su artículo 148.1 establece que es competencia exclusiva de la Generalitat las obras públicas que se ejecuten en el territorio de Cataluña y que no hayan sido calificadas de interés general o no afectan a otra Comunidad Autónoma. También el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana en su artículo 49.14ª considera de competencia exclusiva de la Generalitat las carreteras que transcurran íntegramente dentro del territorio de la Comunidad.

que pudiesen ser de interés para los ciudadanos, no hay un segundo trámite de información pública, y ya no es posible su intervención en el procedimiento.²⁶

Por otra parte, ese artículo 34 establece dos supuestos en los que no será preceptivo el trámite de información pública: uno, si el trazado de la carretera estuviese incluido en un plan urbanístico ya aprobado, y dos, si se trata de un acondicionamiento de trazado, mejora del firme o duplicación de calzada, y en aquellas actuaciones que no supongan modificación sustancial en la funcionalidad de una carretera ya existente. Como se percibe las cuestiones sobre las que no se considera preceptivo el trámite de información pública, tienen suficiente importancia como para hacerse necesaria una modificación de la legislación e incluir esos dos supuestos en ese trámite. Se aprecia una tendencia de la normativa sobre carreteras a restringir sin justificación un trámite como el de información pública, necesario para una auténtica participación del ciudadano y de las asociaciones representativas.

En materia de ferrocarriles también existe una distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, a tenor del artículo 148.1.5ª CE, que se refiere a las competencias de las CCAA, que deberá ponderarse con las competencias del Estado en la materia (art. 149.1.21ª y 24ª), cuando los ferrocarriles discurren por más de una Comunidad Autónoma.

La ley del sector ferroviario (ley 39/2003, de 7 de noviembre) en su artículo 5.4 regula el trámite de información pública para los ciudadanos en un plazo de 30 días y versará sobre la concepción global del trazado. Se permite, por tanto, a los ciudadanos intervenir en los procedimientos de establecimiento o modificación de vías ferroviarias para discutir la idoneidad del trazado, así como las ventajas y desventajas que presenta. Al ser el trámite de información pública previo a la elaboración del proyecto, se podrán debatir las ventajas e inconvenientes que presentan las distintas alternativas incluidas, por lo que la participación ciudadana podrá influir en la elección de la opción que resulte más adecuada.

Por otra parte, el reglamento de desarrollo de la ley (Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre), establece un primer trámite de información pública (art. 10.5), que es bastante restrictivo, puesto que las alegaciones sólo

26. Véase ampliamente sobre el tema N. M^a Martínez Yañez, *La participación ciudadana en la elaboración de proyectos de obras públicas. Especial referencia al trámite de información pública en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental*, en Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, nº 220, 2005, p. 90 y ss.

pueden versar «sobre la concepción global del trazado, en la medida que afecte al interés general». Sin embargo, la parte positiva de este precepto es la introducción de un segundo trámite de información pública (art. 10.8), si con anterioridad a la propuesta de resolución de aprobación del estudio informativo se han introducido modificaciones esenciales que afectan al interés general.



Die Entwicklung einer europäischen Verwaltungskultur

Verzeichnis

- I. Verwaltungskultur und ihre Rolle für die Implementation des Rechts der Europäischen Union
- II. „Integration through law“ und die Auswirkungen auf die Verwaltungskultur
 1. Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft
 2. Dimensionen der Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts
 3. Einwirkungsformen
 - a) Funktionale Anpassung
 - b) Spill-over-Effekte
 - c) Wettbewerbsbedingte Anpassung
 - d) Transnationalisierungsphänomene
 4. Auswirkungen auf die Verwaltungskultur
 - a) Transparenz/Informationszugang
 - b) Europäische Zusammenarbeit
 - c) Genehmigungsfiktion / „positives Schweigen“
- III. Neue Instrumente der Transformation der nationalen Verwaltungskulturen
- IV. Europäische Verwaltungskultur und nationale Identität

DIE ENTWICKLUNG EINER EUROPÄISCHEN VERWALTUNGSKULTUR

Karl-Peter Sommermann

*Catedrático de Derecho Público, Teoría del Estado y Derecho Comparado,
Universidad Alemana de Ciencias de la Administración de Speyer.*

I. Verwaltungskultur und ihre Rolle für die Implementation des Rechts der Europäischen Union

Kultur kann als die eine Gesellschaft prägende Wahrnehmung, Deutung und Gestaltung der Lebenswirklichkeit verstanden werden. In diesem weiten Sinne umfasst sie nicht nur Sprache und Religion, Wissenschaft, Bildung und Kunst oder die Kulturgüter, sondern auch Denken und Fühlen, Sitten und Gebräuche, Glauben und Moral sowie das Recht und die öffentlichen Institutionen des Gemeinwesens¹. In der Kultur sind die Erfahrungen vieler Generationen gespeichert, Phasen des Wohlstandes und der wissenschaftlichen und künstlerischen Entfaltung ebenso wie kollektive Traumata und die Folgen politischer, wirtschaftlicher und sozialer Krisen. Spezielle Ausprägungen der Kultur eines Landes sind seine politische Kultur, seine Rechtskultur und die mit beiden in enger Wechselbeziehung stehende Verwaltungskultur², die im Folgenden im Mittelpunkt der Betrachtung stehen soll.

Wenn von „Verwaltungskultur“ die Rede ist, so bezeichnet man damit im engeren Sinne die „Orientierungsmuster“ (Meinungen, Einstellungen und Werthaltungen)³, die das Verhalten der in der Öffentlichen Verwaltung tätigen Personen bestimmen, in einem weiteren Sinne auch die formalen und informa-

1. Näher *Karl-Peter Sommermann*, Kultur im Verfassungsstaat, in: VVDStRL 65 (2006), S. 7, 8 ff.

2. Vgl. *Maximilian Wallerath*, Reformmanagement als verwaltungskultureller Änderungsprozess, in: W. Kluth (Hrsg.), *Verwaltungskultur*, Baden-Baden 2001, S. 9, 13.

3. *Werner Jann*, Staatliche Programme und „Verwaltungskultur“. Bekämpfung des Drogenmissbrauchs und der Jugendarbeitslosigkeit in Schweden, Großbritannien und der Bundesrepublik Deutschland im Vergleich, Opladen 1983, S. 28 ff.

len Kommunikations-, Verfahrens- und Organisationsformen, die die Verwaltung eines Landes sowohl im Binnenbereich als auch in ihrer Wechselbeziehung mit den Bürgern prägen. Die Verwaltungskultur eines Landes kann häufig weit in die Institutionengeschichte eines Landes zurückverfolgt werden; man denke nur, um ein plakatives Beispiel aus dem Bereich der Staatsorganisation zu geben, an die Entwicklung des Conseil d'État in Frankreich und die als seine Vorläufer zu begreifenden Institutionen der mittelalterlichen Curia Regis und des späteren Conseil du Roi⁴. Sie kann aber auch, wenn die Stärke des Reformimpulses die Beharrungskräfte überwiegt, durch „institutional engineering“ entscheidend verändert werden, was insbesondere nach politischen Umbrüchen, etwa im Transformationsprozess der osteuropäischen Staaten zu beobachten ist.

Bei einer genaueren Analyse zeigt sich, dass die Verwaltungskultur eines Landes je nach Verwaltungsebene und Verwaltungsaufgabe sowie von Behörde zu Behörde, ja selbst zwischen Abteilungen derselben Behörde stark differieren kann⁵. Die je eigene Verwaltungskultur von Institutionen manifestiert sich häufig in der Herausbildung eines eigenen *esprit de corps*. Die informalen Orientierungsmuster einer Steuerverwaltung unterscheiden sich deutlich von denen einer Sozialverwaltung oder denen einer Bauverwaltung. Und doch gibt es in jedem Land nicht nur gemeinsame rechtliche Grundlagen, sondern auch gemeinsame Charakteristika der Verwaltungskultur, die es erlauben, generelle Aussagen über die nationale Verwaltungskultur zu treffen. Auf einer noch höheren Aggregationsebene hat man durchaus erkenntnisfördernd beispielsweise zwischen typischen Arbeitsweisen legalistischer Verwaltungen, wie sie in Kontinentaleuropa dominieren, und solchen managerialistischer Verwaltungen, wie sie angelsächsische Länder kennzeichnen, unterschieden⁶. Man muss sich dabei nur bewusst sein, dass derartige Kategorisierungen oder Typologien nicht Einzelanalysen überflüssig machen, wenn man nähere Aussagen über nationale Verwaltungskulturen treffen will.

4. Vgl. Karl-Peter Sommermann, Institutionengeschichte und Institutionenvergleich, in: A. Benz/H. Siedentopf/K.-P. Sommermann (Hrsg.), *Institutionenwandel in Regierung und Verwaltung*, Berlin 2004, S. 61, 63 ff.

5. Vgl. Klaus König, Verwaltungskulturen und Verwaltungswissenschaften, in: K. König/C. Reichard (eds.), *Theoretische Aspekte einer managerialistischen Verwaltungskultur* (Speyerer Forschungsberichte 254), Speyer 2007, p. 1, 2 ff.; ders., *Moderne öffentliche Verwaltung*, Berlin 2008, S. 117 ff.; Keith M. Henderson, *American Administrative Culture: An Evolutionary Perspective*, in: Joseph G. Jabbra/O.P. Dwivedi (eds.), *Administrative Culture in a Global Context*, Wgitby (ON) 2005, S. 37, 51.

6. König, *Moderne öffentliche Verwaltung* (Anm. 5), S. 729 ff.

Angesichts verwaltungskultureller Vielfalt in Europa liegt es auf der Hand, bei der Suche nach den Ursachen für Defizite bei der Implementation des Unionsrechts nicht nur nach der ordnungsgemäßen Umsetzung der maßgeblichen Vorschriften des Primär- und Sekundärrechts der Europäischen Union zu fragen, sondern auch die jeweilige nationale Verwaltungskultur in den Blick zu nehmen. In den letzten Jahren mehren sich die Anzeichen, dass sich die europäischen Institutionen nicht mehr darauf beschränken, die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft weiterzuentwickeln und zu perfektionieren, sondern zur Effektivierung der Implementierung des Gemeinschaftsrechts zielgerichtet auch eine Transformation der nationalen Verwaltungskulturen und damit der Tiefenstrukturen der nationalen Verwaltungssysteme herbeizuführen. Im Folgenden soll zunächst der traditionelle Ansatz einer „integration through law“ und seiner Wirkung auf die nationalen Verwaltungssysteme erörtert und sodann neuere Formen einer Integration des europäischen Verwaltungsverbundes identifiziert werden. Abschließend ist zu fragen, wie sich die neuen Tendenzen zu dem in Art. 4 Abs. 2 EUV niedergelegten Gebot der Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten verhalten.

II. „Integration through law“ und die Auswirkungen auf die Verwaltungskultur

1. Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft

Der von *Joseph Weiler* und *Mauro Cappelletti* während seiner Tätigkeit am Europa-Institut in Florenz Anfang der achtziger Jahre des 20. Jahrhunderts geprägte Begriff der „integration through law“⁷ bringt treffend den Prozess eines Zusammenwachsens der europäischen Staaten durch die Weiterentwicklung einer ihnen gemeinsamen rechtlichen Ordnung zum Ausdruck. In seiner *Costa/ENEL*-Entscheidung von 1964⁸ hatte der EuGH bekanntlich festgestellt, dass mit dem Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft eine „eige-

7. *Joseph H.H. Weiler*, *The Community System: The Dual Character of Supranationalism*, in: *Yearbook of European Law* Bd. 1 (1982), S. 267-306; *M. Cappelletti/m Secombe/J.H.H. Weiler* (Hrsg.), *Integration Through Law – Europe and the American Federal Experience*, vol. 1, Den Haag 1986; wegen einer Bewertung des „integration through law“-Ansatzes siehe *Antoine Vauchez*, *‘Integration-through-Law’*. Contribution to a Socio-history of EU political Commonsense (EUI Working Papers RSCAS 2008/10), San Domenico de Fiesole 2008.

8. Urteil des EuGH vom 15.7.1964, Rs. 6/64 (*Costa/E.N.E.L.*), Slg. 1964, S. 1251.

ne Rechtsordnung“ geschaffen worden sei, „die ... in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten aufgenommen worden und von ihren Gerichten anzuwenden ist“. Daraus folge, „dass dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht wegen dieser Eigenständigkeit keine wie immer geartete innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen können, wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt und wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden soll“. Mit dem Ausbau der rechtsstaatlicher Sicherungen in der Gemeinschaftsrechtsordnung⁹ gewann der zunächst schlicht auf das Bestehen einer gemeinsamen supranationalen Rechtsordnung bezogene Begriff der „Rechtsgemeinschaft“ in Analogie zu dem Begriff des „Rechtsstaates“ eine grundlegend neue Konnotation. So wird in dem Urteil „Unión de Pequeños Agricultores“ vom 25. Juli 2002¹⁰ die Aussage, dass die Europäische Gemeinschaft „eine Rechtsgemeinschaft“ (in der spanischen Fassung „comunidad de Derecho“) sei, „in der die Handlungen ihrer Organe daraufhin kontrolliert werden, ob sie mit dem EG-Vertrag und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, zu denen auch die Grundrechte gehören, vereinbar sind“, in der englischen Sprachfassung wie folgt übersetzt: „The European Community is, however, a community based on the rule of law in which its institutions are subject to judicial review of the compatibility of their acts with the Treaty and with the general principles of law which include fundamental rights.“ Damit werden zugleich gemeinsame rechtsstaatliche Grundlagen des europäischen Verwaltungsverbundes angesprochen. Rechtsstaat und „rule of law“, Konzepte, die im Unionsrecht fusionieren¹¹, bilden gleichsam den Rahmen für die Entwicklung des europäischen Verwaltungsrechts und einer europäischen Verwaltungskultur.

Nähert man sich zunächst den rechtlichen Phänomenen des europäischen Verwaltungsverbundes, d.h. den vertikalen und horizontalen Interaktionen im europäischen Mehrebenensystem, so sind zum einen die Bereiche oder Dimensionen der Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts von besonderem Interesse (sub 2), zum anderen die Modalitäten oder Formen der Einwirkung bzw. Entstehung gemeineuropäischer Standards (sub 3).

9. Dazu näher *Dieter H. Scheuing*, Der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit im Recht der Europäischen Union, in: J. Schwarze (Hrsg.), Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 2008, S. 45, 47 ff.

10. Rs. C-50/00 P, Slg. 2002, I-6677, 6734 (Rdnr. 38 f.).

11. Dazu *Karl-Peter Sommermann*, Entwicklungsperspektiven des Rechtsstaates: Europäisierung und Internationalisierung eines staatsrechtlichen Leitbegriffs, in: S. Magiera/K.-P. Sommermann (Hrsg.), Freiheit, Rechtsstaat und Sozialstaat in Europa, Berlin 2007, S. 75, 77 ff.

2. Dimensionen der Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts

Lässt man die seit Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft erlassenen Sekundärrechtsakte der Gemeinschaft bzw. Union Revue passieren, so kann man drei Dimensionen der Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts unterscheiden, denen man grob drei sich überlappende, mit steigender Intensität der Beeinflussung der nationalen Verwaltungssysteme verbundene Perioden zuordnen kann.

Zunächst, bis in die siebziger Jahre des 20. Jahrhunderts, lag der Regelungsschwerpunkt des Gemeinschaftsrechts ganz überwiegend auf der Schaffung übereinstimmender inhaltlicher Standards, die für die Verwirklichung eines Gemeinsamen Marktes für erforderlich gehalten wurden. Es galt, die Zollunion und die Grundfreiheiten durch konkrete sekundärrechtliche Vorgaben zu effektuieren, z.B. im Bereich der Warenverkehrsfreiheit durch die Setzung gemeinsamer technischer Standards, im Bereich der Freizügigkeit der Arbeitnehmer durch Konkretisierung ihrer darauf bezogenen Rechte.

Seit den achtziger Jahren nimmt die Intensität der Einwirkung auf das Verwaltungsverfahren zu. Zwar hatte es früh auch punktuelle Verfahrensvorgaben, etwa bei Produktzulassungen gegeben¹²; nunmehr werden jedoch relativ umfassende Regelungen für größere Felder des Verwaltungshandelns getroffen. Beispiele für entsprechende Rechtsakte bilden die Richtlinie 85/337/EWG über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten (UVP-Richtlinie)¹³, die Richtlinie 96/61/EG des Rates über die integrierte Verminderung und Vermeidung der Umweltverschmutzung (IVU-Richtlinie)¹⁴, die Richtlinie 89/665/EWG des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge¹⁵ und

12. Vgl. nur die Richtlinie 65/65/EWG des Rates vom 26.1.1965 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über Arzneispezialitäten, ABl. Nr. L 22 v. 9.2.1965, S. 369. Art. 7 dieser Richtlinie trifft Aussagen zur Verfahrensdauer, Art. 11 zu Aussetzung und Widerruf und Art. 12 zur Begründung der behördlichen Entscheidungen.

13. Richtlinie 85/337/EWG über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABl. 1985 Nr. L 175 v. 5.7.1985, S. 40.

14. Richtlinie 96/61/EG des Rates vom 24.9.1996 über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung, ABl. 1996 Nr. L 257 v. 26.11.1996, S. 28.

15. Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. 1989 Nr. L 395 vom 30.12.1989, S. 33.

die Verordnung Nr. 2913/92 des Rates zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaften¹⁶.

Das Verwaltungsorganisationsrecht wird verstärkt seit den neunziger Jahren Gegenstand der Sekundärrechtssetzung. Dies entspricht der Erkenntnis, die im Schaffleisch-Urteil des EuGH aus dem Jahr 1990 zum Ausdruck kommt, wonach die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, die zur ordnungsgemäßen Durchführung des Gemeinschaftsrechts notwendige Verwaltungsorganisation bereit zu stellen¹⁷. Vor allem die Entwicklung unabhängiger Regulierungsbehörden ist direkt oder indirekt durch Sekundärrechtsakte der Gemeinschaft bzw. Union induziert¹⁸. Eine Reihe verfahrens- und organisationsrechtlicher Vorgaben trifft etwa auch die Dienstleistungsrichtlinie vom 12. Dezember 2006¹⁹.

3. *Einwirkungsformen*

Im Prozess der Europäisierung der nationalen Verwaltungen treten neben die direkte Europäisierung, in denen die nationalen Rechtsnormen unmittelbar auf eine gemeinschaftsrechtliche Vorgabe zurückzuführen sind, Phänomene einer indirekten Europäisierung, wobei vor allem vier Fallgruppen von Bedeutung sind.

a) *Funktionale Anpassung*

Bei der funktionalen Anpassung induzieren Aufgaben- und Verfahrensnormen in Verbindung mit dem Kooperationsprinzip, das einen reibungslosen

16. Verordnung (EWG) Nr. 2913/92 des Rates vom 12. Oktober 1992 zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaften, ABl. 1992 Nr. L 302 vom 19.10.1992, S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 1791/2006 des Rates vom 20. November 2006, ABl. 2006 Nr. L 363 vom 20.12.2006, S. 1.

17. EuGH, Urteil vom 12.6.1990, Rs. C-8/88 (Deutschland/Kommission), Slg. 1990, S. I-2321, Rdnr. 13.

18. Vgl. beispielsweise Art. 3 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie). Näher zu den Zielen der Rahmenrichtlinie *Hans-Heinrich Trute*, Der europäische Regulierungsverbund in der Telekommunikation – ein neues Modell europäisierter Verwaltung, in: L. Osterloh/K. Schmidt/H. Weber (Hrsg.), Staat, Wirtschaft, Finanzverfassung. Festschrift für Peter Selmer zum 70. Geburtstag, Berlin 2004, S. 565-586, vgl. auch *Gabriele Britz*, Vom europäischen Verwaltungsverbund zum Regulierungsverbund? Europäische Verwaltungsentwicklung am Beispiel der Netzzugangsregulierung bei Telekommunikation, Energie und Bahn, in: EuR Bd. 41 (2006), S. 46-77.

19. Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. Nr. L 376, S. 36.

Austausch zwischen der Gemeinschaftsebene und der nationalen Ebene fordert²⁰, eine Anpassung der nationalen Strukturen des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsorganisationsrecht. Dabei kann man wiederum die beiden Aspekte einer aufgabenbezogenen Anpassung einerseits und der Schaffung organisatorischer Anschlussfähigkeit andererseits unterscheiden.

Von *aufgabenbezogener Anpassung* kann man sprechen, wenn bestimmte Sach- und Verfahrensregeln effektiv und effizient nur in veränderten Organisations- und Entscheidungsstrukturen erledigt werden können. So war die Herausbildung einer integrierten Finanzdienstleistungsaufsicht und die Schaffung neuer Regulierungsstrukturen etwa im Bereich Telekommunikation und Energie neben der Umsetzung punktueller Vorgaben des Gemeinschaftsrechts auch dem Ziel einer aufgabenadäquaten Neugestaltung der Verwaltungsorganisation geschuldet²¹.

Zugleich berührt die Schaffung neuer Regulierungsbehörden den Gesichtspunkt der *organisatorischen Anschlussfähigkeit*. Bei dem Gesichtspunkt der organisatorischen Anschlussfähigkeit geht es um die Erleichterung der Kommunikation zwischen der nationalen und der unionalen Ebene sowie zwischen den nationalen Behörden untereinander durch „europäisierte Strukturen“. Homologe Behördenstrukturen und Zuständigkeiten können die Kommunikation sowie die Entscheidungs- und Handlungskoordination erheblich erleichtern²². Ein Beispiel bilden die Agenturen für Lebensmittelsicherheit, die infolge grenzüberschreitender Probleme der Lebensmittelsicherheit, insbesondere im Kontext mit der BSE-Krise, errichtet wurden. Der im Jahr 2002 geschaffenen Eu-

20. Vgl. dazu *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, in: ders./W. Hoffmann-Riem, Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1999, S. 9, 19 f.; *Jürgen Schwarze*, Einführung, in: ders., Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2005, S. CVII ff.; *Wolfgang Kahl*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV. Kommentar, 4. Aufl., München 2011, Art. 4 EUV Rdnr. 39, 59 ff., 111 ff. (S. 71 f., 79 ff., 108 ff.).

21. Vgl. *Karl-Peter Sommermann*, Veränderungen des nationalen Verwaltungsrechts unter europäischem Einfluss – Analyse aus deutscher Sicht, in: J. Schwarze (Hrsg.), Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts. Rechtsvergleichende Analysen, Baden-Baden 2008, S. 181, 188 ff. (in diesem Beitrag ist auch die hier vorgenommene Kategorisierung der Einwirkungsformen entwickelt).

22. *Günter Püttner*, Wirkungen des Europarechts auf die deutsche Verwaltungsorganisation, in: F. Schoch (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht als Element der europäischen Integration, Stuttgart u.a. 1995, S. 71, 72, weist darauf hin, dass „ein gewisser Konformitätsdruck“ dort entstehe, „wo man sich auf das Zusammenwirken in Europa oder auf europäische Förderprogramme einstellen muß“.

ropäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit²³ stehen entsprechende nationale Agenturen gegenüber²⁴, die die vertikale und horizontale Interoperabilität in der Europäischen Union sichern.

b) *Spill-over-Effekte*

Spill-over-Effekte²⁵ sind dadurch gekennzeichnet, dass die vom europäischen Gemeinschaftsrecht für bestimmte Aufgabenbereiche vorgesehenen inhaltlichen Maßstäbe, Verfahren oder Organisationsstrukturen auf benachbarte Bereiche übertragen werden oder sogar Grundstrukturen des nationalen Verwaltungsrechts dem europarechtlich geprägten Referenzgebiet angepasst werden. Spill-over-Effekte werden durch die allgemein zu beobachtende Tendenz begünstigt, in verwandten Bereichen auf Dauer nicht zwei unterschiedliche Rechtsregimes aufrecht zu erhalten, sondern möglichst zu einer Harmonisierung zu gelangen²⁶. Ein deutliches Beispiel im Verwaltungsrecht der europäischen Staaten bildet der Ausbau des Rechts auf Informationszugang in nahezu allen Mitgliedstaaten, der wesentlich durch die Erfahrungen mit dem europarechtlich „erzwungenen“ freien Zugang zu Umweltinformationen sowie durch das Vorbild der Regelungen zur Informationsfreiheit auf der Ebene der Gemeinschaftsorgane²⁷ befördert wurde. Darauf wird zurückzukommen sein (unten 4 a).

23. Vgl. die Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit, ABl. 2002 Nr. L 31, S. 1.

24. So wurde beispielsweise in Spanien im Jahr 2001 die Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición gegründet (Ley 11/2001, de 5 de julio, por la que se crea la Agencia Española de Seguridad Alimentaria [BOE núm. 161 de 6 de julio de 2001]), in Deutschland das Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (Gesetz über die Errichtung eines Bundesamtes für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit vom 6.8.2002 [BGBl. I S. 3082, 3084], zuletzt geändert durch Gesetz vom 22.12.2011 [BGBl. I S. 3044]).

25. Zum Begriff vgl. auch *Karl-Heinz Ladeur*, Supra- und transnationale Tendenzen in der Europäisierung des Verwaltungsrechts – eine Skizze, in: EuR Bd. 30 (1995), S. 227, 228.

26. Vgl. bereits *Otto Bachof*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, in: VVDStRL Bd. 30 (1972), S. 193, 236; *Scheuing*, Europarechtliche Impulse (Anm. 40), S. 353.

27. Vgl. Art. 15 AEUV (früher Art. 255 EGV) in Verbindung mit der Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.5.2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission (ABl. L 145 v. 31.5.2001; S. 43) sowie Art. 42 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000, ABl. C 364 v. 18. 12. 2000, S. 1.

c) *Wettbewerbsbedingte Anpassung*

Die gemeinsamen rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen in der Europäischen Union machen auch die Leistungsfähigkeit und Problemlösungskapazität der nationalen Verwaltungssysteme transparenter. Verwaltungsorganisationen und Verwaltungsverfahren werden damit als Standortfaktoren im wirtschaftlichen Wettbewerb sichtbar²⁸. Für die Beschleunigungsgesetzgebung in Deutschland in den 90er Jahren des vorigen Jahrhunderts und die in deren Vorfeld entwickelten Reformkonzepte führte man daher auch eine kürzere Verfahrensdauer in anderen EU-Mitgliedstaaten ins Feld²⁹. In jüngerer Zeit betont die Europäische Union die Notwendigkeit, durch Vereinfachung der Verwaltungsverfahren die Wettbewerbsfähigkeit im Verhältnis zu Drittstaaten zu stärken³⁰.

d) *Transnationalisierungsphänomene*

Zu einer wechselseitigen Anpassung der nationalen Verwaltungsrechtssysteme tragen schließlich auch Transkulturationsprozesse bei. Transkulturation meint dabei die wechselseitige Rezeption verwaltungsrechtlicher und verwaltungskultureller Standards, wobei die jeweilige rezipierende Ordnung naturgemäß die Elemente, an denen sie sich orientiert, nicht einfach gleichförmig übernimmt (Akkulturation), sondern aufgrund ihrer eigenen verwaltungskulturellen Voraussetzungen verarbeitet (Transkulturation)³¹. Die wechselseitige Rezeption und Vermittlung bilden dabei einen stetigen Austauschprozess. Die Transkulturation bezieht sich nicht nur auf Institutionen und Verfahren, wie beispielsweise die Einführung von Audits nach angelsächsischem Muster oder

28. Vgl. *Manuel Ballbé/Carlos Padrós*, Estado competitivo y armonización europea: los modelos norteamericano y europeo de integración, Barcelona 1997; *Veith Mehde*, Wettbewerb der Staaten, Baden-Baden 2006, insbesondere S. 521 ff.

29. Vgl. nur den Bericht der Unabhängigen Expertenkommission zur Vereinfachung und Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren „Investitionsförderung durch flexible Genehmigungsverfahren“, hrsg. vom Bundesministerium für Wirtschaft, November 1994, S. 27 ff., wo freilich auch darauf hingewiesen wird, dass „die Zeit nicht alleine maßgeblich“ sei (S. 36).

30. Vgl. z.B. die Erwägungsgründe 2 und 43 ff. der Dienstleistungsrichtlinie von 2006 (Fn. 19).

31. Begriff von *Fernando Ortiz Fernández*, *Contrapunteo cubano del tabaco y el azúcar*, La Habana 1940, Neuauflage 1983, insbes. S. 90; vgl. dazu *Phyllis Mary Kaberry*, Einleitung zu Bronislaw Malinowski, *Die Dynamik des Kulturwandels*, 1951, 9 f.

die Schaffung von Ombudsman-Einrichtungen nach skandinavischem Vorbild, sondern auch auf das Verständnis von Rechtsstrukturen. So stellt beispielsweise die seit einigen Jahren geführte Diskussion über die Rolle und die Ausgestaltung von Public Private Partnerships ein sich in transnationaler Diskussion entwickelndes Rechtsgebiet dar³². Sowohl die grenzüberschreitende Verwaltungskooperation als auch der sich intensivierende Austausch der Verwaltungspraktiker und Verwaltungsrechtswissenschaftler fördern diese Prozesse. Ein wichtiges Erkenntnismittel bei der Ermittlung gemeineuropäischer Standards sind nicht zuletzt die von Vertretern der nationalen Verwaltungen erarbeiteten Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates zu Kernfragen des allgemeinen Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozessrechts³³.

4. Auswirkungen auf die Verwaltungskultur

Wie bereits mehrfach angedeutet, haben die Schaffung gemeinsamer Rechtsgrundlagen für alle Mitgliedstaaten und die Überformung des nationalen Rechts durch unionales Recht zunehmend die Verfahrens- und Verhaltensweisen der nationalen Behörden verändert. Die Wirkungen der „integration through law“ erfassen somit über das Verwaltungsrecht hinaus auch Elemente der Verwaltungskultur. Beispiele für wesentliche Veränderungen im deutschen Verwaltungssystem seien nachfolgend sowohl in ihren positiven als auch in ihren negativen Wirkungen angesprochen.

a) *Transparenz/Informationszugang*

Durch das Europäische Unionsrecht induziert sind die seit den 90er Jahren besonders dynamischen Entwicklungen im Bereich der Verbesserung der Trans-

32. In Frankreich haben die „contrats de partenariat“ in der Ordonnance n° 2004-559 v. 17.6.2004 (J.O. v. 19.6.2004) und später in der Loi n° 2008-735 v. 28.7.2008 relative aux contrats de partenariat (J.O. v. 29.7.2008) eine rechtliche Regelung gefunden. In Deutschland wurde vor über zehn Jahren intensiv die Regelung von Public Private Partnerships im Verwaltungsverfahren diskutiert, vgl. insbesondere die im Auftrag des Bundesinnenministeriums erstellten und im Juni 2001 vorgelegten Gutachten von *Gunnar Folke Schuppert* und *Jan Ziekow*, veröffentlicht unter dem Titel „Verwaltungskooperationsrecht (Public Private Partnerships)“. Zur Diskussion auf EU-Ebene vgl. jüngst die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Anwendung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen auf institutionalisierte Öffentlich Private Partnerschaften (IÖPP) v. 5.2.2008, C(2007)6661.

33. Vgl. dazu *Ulrich Stelkens*, Europäische Rechtsakte als „Fundgruben“ für allgemeine Grundsätze des deutschen Verwaltungsverfahrensrechts, in: ZEuS 2004, S. 129, 133 ff.

parenz sowie, als eines ihrer Kernelemente, des Informationszugangs. Staaten, die bereits früher den Informationszugang unabhängig von individueller Betroffenheit eröffnet hatten, wie insbesondere die skandinavischen Staaten³⁴ oder auch – seit den 70er Jahren – beispielsweise Frankreich³⁵, haben die Zugangsrechte erweitert³⁶. Andere Staaten, zu denen neben dem Vereinigten Königreich³⁷ auch Deutschland gehört³⁸, haben sich vom Prinzip der begrenzten Aktenöffentlichkeit im Zuge der allgemeinen Öffnungswelle abgewandt³⁹ und einen allgemeinen Anspruch auf Informationszugang eingeräumt. Der Rechtfertigungsdruck der Regierungen bzw. der Parlamente in den Staaten, die noch kein Informationsfreiheitsgesetz besitzen, ist erheblich. In den Reformdebatten treten neben rechtsstaatliche und managerialistische Überlegungen zunehmend demokratisch-funktionale Erwägungen, wie auch das Beispiel Spaniens zeigt⁴⁰.

34. Vgl. *Joachim Conradi*, Das Öffentlichkeitsprinzip in der schwedischen Verwaltung, Diss. jur. Berlin 1968; *Helmut Bergner*, Das schwedische Grundrecht auf Einsicht in öffentliche Akten, Diss. Jur. Heidelberg 1969. Zur aktuellen Rechtslage vgl. den dänischen Access to Public Administration Files Act (Act No. 572 v. 19.12.1985 mit späteren Änderungen, in englischer Übersetzung im Internet abrufbar unter <https://www.privacyinternational.org/countries/denmark/dk-foi-85.doc>) sowie die in deutscher Sprache verfügbare finnische Verordnung über Öffentlichkeit und gute Informationshandhabung bei der Tätigkeit von Behörden (Verordnung 1030/1999 mit Änderungen durch die Verordnung 380/2002; im Internet abrufbar unter <http://www.finlex.fi/-en/laki/kaannokset/1999/de19991030.pdf>).

35. Bereits das Gesetz Nr. 78-753 vom 17.7.1978 (J.O. v. 18.7.1978) in der Fassung des Gesetzes Nr. 79-5877 vom 11.7.1979 (J.O. v. 12.7.1979) regelte ausführlich die „liberté d'accès aux documents administratifs“.

36. Vgl. für Frankreich insbesondere die *Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations* (J.O. v. 13.4.2000), insbesondere Titel I: « Dispositions relatives à l'accès aux règles de droit et à la transparence »).

37. Vgl. den *Freedom of Information Act 2000* (2000 chapter 36).

38. Vgl. auf Bundesebene das Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz – IFG) vom 5.9.2005 (BGBl. I, S. 2722) sowie die entsprechenden Landesgesetze.

39. Zu der früher herrschenden, bis zu den neunziger Jahren durch den „Official Secrets Act“ von 1911 geprägten „culture of secrecy and confidentiality“ in der Öffentlichen Verwaltung vgl. *Patrick Birkinshaw*, *Freedom of Information. The Law, the Practice and the Ideal*, 4. Aufl., Cambridge 2010, S. 83 ff. (Zitat auf S. 84); zum Prinzip der begrenzten Aktenöffentlichkeit in Deutschland und seinen konzeptionellen Hintergründen näher *Martin Ibler*, *Zerstoren die neuen Informationszugangsgesetze die Dogmatik des deutschen Verwaltungsrechts?*, in: C.-E. Eberle/M. Ibler/D. Lorenz (Hrsg.), *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart*. Festschrift für Winfried Brohm, München 2002, S. 405 ff.

40. Vgl. die Präambel (Exposición de motivos) des am 27.7.2012 vom spanischen Ministerrat (Consejo de Ministros) angenommenen Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información

b) *Europäische Zusammenarbeit*

Nicht nur im vertikalen Verhältnis zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten, sondern auch im horizontalen Verhältnis letzterer untereinander wird seit geraumer Zeit die Zunahme europäischer Verwaltungszusammenarbeit beobachtet⁴¹. Fachspezifische Regelungen des Verfahrens der Zusammenarbeit finden sich in einer Reihe von Richtlinien, etwa im Produktzulassungsrecht⁴², andere Regelungen beispielsweise im europäischen Unions- und Völkerrecht der polizeilichen Zusammenarbeit⁴³. Mit einem weiten Anwendungsbereich regelt die europäische Dienstleistungsrichtlinie im Einzelnen Kooperationspflichten der Mitgliedstaaten⁴⁴, die in ihrer Struktur und Detailliertheit bislang beispiellos sind. Ihrer Effektivierung dient das bei der Kommission angesiedelte Binnenmarkt-Informationssystem⁴⁵, das freilich eine Reihe praktischer, insbesondere sprachenbezogener Fragen nicht ohne weiteres lösen kann⁴⁶. Die meisten Staaten haben den unionsrechtlichen prozeduralen Vorgaben zur europäischen Zusammenarbeit in den allgemeinen Umsetzungsregelungen zur Dienstleistungsrichtlinie Rechnung getragen. In Deutschland wurde das geschärfte europäische Verwaltungskooperationsrecht in das Allgemeine Verwal-

Pública y Buen Gobierno. Siehe aus dem Schrifttum *Ricardo García Macho*, Presentación, in: R. García Macho (ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid: Marcial Pons, 2010, S. 7; *Karl-Peter Sommermann*, La exigencia de una Administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho, *ibidem*, S. 11 ff.

41. Vgl. *Gernot Sydow*, Verwaltungskooperation in der Europäischen Union, Tübingen 2004; *von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht (Anm. 32), S. 616 ff.

42. Siehe beispielsweise die Verordnung (EG) Nr. 258/97 über neuartige Lebensmittel und neuartige Lebensmittelzutaten, ABl. 1997 Nr. L 43, S. 1.

43. *Thomas Oppermann/Claus Dieter Classen/Martin Nettesheim*, Europarecht, 4. Aufl., München 2009, § 37 Rdnr. 27 ff. (S. 664 ff.); *Thomas Würtenberger/Stephan Neidhardt*, Distanz und Annäherung zwischen deutschem und französischem Verwaltungsrecht im Zeichen europäischer Integration, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 2008, S. 255, 267 ff.

44. Siehe Art. 28 ff. der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. Nr. L 376, S. 36.

45. Internal Market Information System (IMI); errichtet in Durchführung der Art. 8 Abs. 3, 21 Abs. 4, 34 Abs. 1 und Art. 36 der Dienstleistungsrichtlinie.

46. Vgl. *Franziska Kruse*, Das Verwaltungsverfahrensgesetz und die Jahreszeiten – Die *raison d'être* der Europäischen Zusammenarbeit, in: H. Hill (Hrsg.), Verwaltungsmodernisierung 2010, Baden-Baden 2010, S. 169, 187 f.; *Lorenz Prell*, Verwaltungszusammenarbeit im Binnenmarkt, in: M. Burgi/K. Schönenbroicher (Hrsg.), Die Zukunft des Verwaltungsverfahrensrechts, Baden-Baden 2010, S. 48, 55 f.

tungsverfahrensgesetz integriert⁴⁷. Eine allgemeine Bestimmung zu Informationspflichten gegenüber Gemeinschaftsorganen enthielt bereits seit 1992 das spanische Verwaltungsverfahrensgesetz⁴⁸.

Wenngleich das europäische Kooperationsverwaltungsrecht erst in Ansätzen Eingang in die Kodifikationen des allgemeinen Verwaltungsverfahrens gefunden hat, lässt sich doch unschwer voraussagen, dass es sich hier um einen Bereich im Moment zwar noch verhaltener, aber potentiell hoher Entwicklungsdynamik handelt⁴⁹.

c) *Genehmigungsfiktion / „positives Schweigen“*

Die durch Art. 13 Abs. 4 der Dienstleistungsrichtlinie vorgesehene Einführung einer Genehmigungsfiktion im Falle der nicht fristgerechten Bescheidung eines Antrags auf Erteilung einer Genehmigung wird vielfach als eine Maßnahme der Verwaltungsvereinfachung und damit der Verwaltungsmodernisierung gelobt. In Deutschland waren entsprechende Genehmigungsfiktionen bislang von einigen Fachgesetzen, insbesondere vom Baurecht her bekannt⁵⁰. Der Sache nach handelt es sich hingegen um einen verwaltungsrechtlichen Atavismus, der eher dem Eingeständnis einer teilweisen Überforderung der Verwaltung im Hinblick auf die Einhaltung von Fristen denn einer Rationalisierung des Verfahrens geschuldet ist. Für das Verständnis der europäischen Regelung ist es wichtig zu wissen, dass sie an die von den romanischen Ländern her bekannte Rechtsfigur des negativen Schweigens (eine fehlende Antwort der Verwaltung wird als Ablehnung eines Antrags gewertet) bzw. des positiven Schweigens (die fehlende Antwort der Verwaltung nach Ablauf einer bestimmten Frist als Genehmigung gewertet) anknüpfen kann⁵¹. Sie wurde anfangs von der Rechtspre-

47. §§ 8a–8e VwVfG.

48. Art. 10 des Gesetzes 30/1992 vom 26. November 1992 über das Rechtsregime der öffentlichen Verwaltung und das allgemeine Verwaltungsverfahren (Anm. 18).

49. Vorschläge für eine weitere Kodifizierung bei *Wolfgang Kahl*, Die Europäisierung des Verwaltungsrechts als Herausforderung an Systembildung und Kodifikationsidee, in: P. Axer/B. Grzeszick/W. Kahl/U. Mager/ E. Reimer (Hrsg.), Das Europäische Verwaltungsrecht in der Konsolidierungsphase – Die Verwaltung Beiheft 10, Berlin 2010, S. 39 ff.

50. Vgl. *Christian Hullmann/Mirko Zorn*, Probleme der Genehmigungsfiktion im Baugenehmigungsverfahren, in: NVwZ 2009, S. 756 ff.; *Annette Guckelberger*, Die Rechtsfigur der Genehmigungsfiktion, in: DÖV 2010, S. 109, 113.

51. Vgl. aus dem geltenden Recht für Frankreich Art. 21 et 22 der Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (Journal Officiel vom 13.4.2000), für Italien Art. 20 des Gesetzes 241/1990 vom 7. August 1990 (oben Anm. 14) und Art. 43 des spanischen Verwaltungsverfahrensgesetzes (Anm. 18).

chung entwickelt, um in einem auf die Annullierung von Rechtsakten konzentrierten Rechtsschutzsystem auch denjenigen Bürgern Rechtsschutz gewähren zu können, die von der Verwaltung eine positive Maßnahme begehren. Nachdem vor den Verwaltungsgerichten auch Verpflichtungsbegehren zulässig sind⁵² und die Instrumente des einstweiligen Rechtsschutzes ausgebaut wurden, bleiben wenige Argumente für die Beibehaltung der Figur des negativen und positiven Schweigens. Die in Deutschland geführte Debatte über die Frage, inwieweit bei verfassungskonformer Betrachtung die Anwendung der Genehmigungsfiktion überhaupt fachgesetzlich angeordnet werden könne⁵³ und inwieweit die Rücknahme einer nach § 42a fingierten Genehmigung einen Weg zur Sicherung der Rechtsstaatlichkeit darstellen kann⁵⁴, verdeutlicht die Reichweite der mit einer Ausweitung des Anwendungsbereichs der Genehmigungsfiktion verbundenen Probleme. Darauf, dass § 42a auch deshalb einen Fremdkörper im deutschen Verwaltungsverfahrensgesetz darstellt, da er nicht im Kontext einer Regelung von Genehmigungsverfahren steht, wurde zu Recht hingewiesen⁵⁵.

III. Neue Instrumente der Transformation der nationalen Verwaltungskulturen

Die Europäische Gemeinschaft und später Europäische Union hat das Ziel der Verwirklichung eines Gemeinsamen Marktes bzw. Binnenmarktes durch eine Vielzahl von Rechtsakten verfolgt, die in den Mitgliedstaaten in einer wachsenden Zahl von Politikfeldern gemeinsame materiell-rechtliche, und bald auch prozedurale Standards und organisationale Strukturähnlichkeiten ge-

52. Vgl. für Spanien Art. 25 Abs. 2 der Ley 29/1998 v. 13.7.1998 „reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa“ (B.O.E. núm. 167 v. 14.7.1998), für Italien Art. 21-bis Legge 6 dicembre 1971 n. 1034. „Istituzione dei tribunali amministrativi regionali“ (Gazzetta Ufficiale n. 314 v. 13.12.1971), eingefügt durch Legge 21 luglio 2000 n. 205 (Gazzetta Ufficiale n. 173 v. 26.7.2000). In Deutschland ist dies seit langer Zeit der Fall, vgl. § 42 der Verwaltungsgerichtsordnung von 1960 („Verpflichtungsklage“). Rechtsvergleichend zu Italien, Österreich und Deutschland *Cristina Fraenkel-Haeberle*, Il silenzio dell'amministrazione: echi d'oltralpe, in: *Diritto Processuale Amministrativo* Bd. 28 (2010), S. 1046 ff.

53. Vgl. bereits *Johannes Caspar*, Der fiktive Verwaltungsakt – Zur Systematisierung eines aktuellen verwaltungsrechtlichen Instituts, in: *AöR* Bd. 125 (2000), S. 131, 149 ff.

54. Vgl. *Michael Uechritz*, Die Genehmigungsfiktion des § 42a VwVfG, in: *M. Fehling/ K. W. Grewlich* (Hrsg.), *Struktur und Wandel des Verwaltungsrechts*, Baden-Baden 2011, S. 57, 67 f.

55. *Burgi*, *Gesetzgebung im Verwaltungsverfahren* (Anm. 28), S. 43 m.w.N.

schaffen haben⁵⁶. Trotz diesen funktionellen Angleichungen, die sich in entsprechenden nationalen Rechtsnormen niederschlagen, bleiben bei der Implementierung des Unionsrechts erhebliche Unterschiede. Diese beruhen zum einen auf der fortbestehenden Einordnung der gemeinschaftsrechtlich determinierten Regelungen in die jeweiligen Strukturen des nationalen Verwaltungsrechts und in die nationale Verwaltungsorganisation, zum anderen auf den Unterschieden der Verwaltungskulturen der Mitgliedstaaten⁵⁷. Es gibt nach wie vor starke kontextabhängige institutionelle Identitäten und unterschiedliche korporative und individuelle Werthaltungen.

Mit dem in Art. 41 der Europäischen Grundrechtecharta⁵⁸ verankerten Recht auf gute Verwaltung und seinen rechtlichen und metarechtlichen Ausformungen⁵⁹ zielt der Integrationsprozess nunmehr deutlich auf eine Annäherung der Substrukturen der nationalen Verwaltungssysteme, d.h. insbesondere der verschiedenen Verwaltungskulturen. Zwar gelten das in Art. 41 der Grundrechtecharta verankerte Grundrecht auf gute Verwaltung⁶⁰ und der zu seiner Konkretisierung vom Europäischen Bürgerbeauftragten entwickelte Europäische Kodex für gute Verwaltungspraxis⁶¹ zunächst nur für die Unionsorgane; die in ihnen entfaltenen Standards sind indes Teil einer gesamteuropäischen Debatte⁶², die auch im Europarat geführt wird und dort beispielsweise in der an

56. Dazu näher *Sommermann*, Veränderungen des nationalen Verwaltungsrechts unter europäischem Einfluss (Anm. 42), S. 184 ff.

57. Dazu grundsätzlich *Joachim Wentzel*, Europäische Verwaltungskulturen, in: H. Hill/D. Engels (Hrsg.), Verwaltungsressourcen und Verwaltungsstrukturen, Baden-Baden 2009, S. 9 ff.

58. Zunächst als gemeinsame Erklärung des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission am 7.12.2000 verabschiedet (ABl. Nr. C 364 v. 18.12.2000); durch Vertrag von Lissabon vom 13.12.2007 (ABl. Nr. C 83/13 v. 30.3.2010; BGBl. 2008 II, 1038; Ber. 2010 II, S. 151), der am 1.12.2009 in Kraft trat, in den Rang von Primärrecht erhoben (Art. 6 Abs. 1 EUV).

59. Vgl. zu den metarechtlichen Ausformungen insbesondere den vom Europäischen Bürgerbeauftragten ausgearbeiteten und am 6.9.2001 vom Europäischen Parlament angenommenen „Europäischen Kodex für gute Verwaltungspraxis“ (Broschüre Luxemburg 2001).

60. Auf nationaler Ebene ausdrücklich zuerst in Art. 21 der finnischen Verfassung verankert.

61. Vgl. zu diesem Kodex (vorige Anm.) und weiteren Kodizes *José Martínez Soria*, Die Kodizes für gute Verwaltungspraxis – ein Beitrag zur Kodifikation des Verwaltungsverfahrenrechts der EG, in: EuR Bd. 36 (2001), S. 682 ff.

62. Vgl. *Lord Millett*, The Right to Good Administration in European Law, in: Public Law 2002, S. 309 ff. (auf S. 320 ff. zu Anknüpfungspunkten im britischen Recht); *Martina Lais*, Das Recht auf eine gute Verwaltung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, in: ZeuS 2002, S. 447 ff.; *Beatriz Tomás Mallén*, El derecho fundamental a una buena administración, Madrid 2004 (mit einer Analyse der entsprechenden Prinzipien im

die Mitgliedstaaten gerichteten Empfehlung des Ministerkomitees zur guten Verwaltung aus dem Jahre 2007⁶³ Gestalt gewonnen hat.

Sowohl im Kodex als auch in der Empfehlung stehen rechtsstaatliche und bürgerfreundliche Verfahrensweisen im Vordergrund, im Kodex werden zusätzlich persönliche Verhaltensstandards niedergelegt. Die in den USA bereits vor längerer Zeit geführte Debatte über die Ethik des öffentlichen Dienstes⁶⁴ hat alle europäischen Staaten erfasst⁶⁵. Auffällig ist, dass Ethic Codes oder Codes of Conduct, die teilweise als außerrechtliche Verhaltensdirektiven Gegenstand der Personalführung sind, zunehmend mit dem Recht verknüpft werden, wie es in Frankreich schon länger hinsichtlich der professionellen Deontologie der Fall war⁶⁶. Jüngere Beispiele bilden das spanische Basisstatut über den öffentlichen Dienst aus dem Jahre 2007, das in einem eigenen Kapitel einen detaillierten Verhaltenskodex (Código de conducta) normiert⁶⁷. Die dort niedergelegten Pflichten gehen weit über die im deutschen Beamtenrecht niedergelegten Grundpflichten der Beamten hinaus. Bemerkenswert ist auch der britische Constitutional Reform and Governance Act 2010⁶⁸, der den Erlass eines Verhaltenskodex für den öffentlichen Dienst vorschreibt. Insgesamt lässt sich feststellen, dass die aktuelle Ethikdiskussion, die rechtliche und außerrechtliche Verhaltensstandards verknüpft, zu deutlichen Veränderungen bei der Gestaltung von Verwaltungsverfahren und einer Annäherung der Verwaltungskulturen beitragen wird.

spanischen Recht); *Rhita Bousta*, Essai sur la notion de bonne administration en droit public, Paris 2010. Vgl. auch die in Art. 22 des katalanischen Gesetzes von 2010 (Anm. 27) genannten Konkretisierungen des „Rechts auf gute Verwaltung“.

63. Recommendation CM/Rec(2007)7 of the Committee of Ministers to member states on good administration (im Vorspann Hinweis auf die früheren Empfehlungen zu Standards des Verwaltungshandelns).

64. Dazu *Karl-Peter Sommermann*, Brauchen wir eine Ethik des öffentlichen Dienstes?, in: Verwaltungsarchiv Bd. 89 (1998), S. 290, 292 ff.; *Nathalie Behnke*, Ethik in Politik und Verwaltung. Entstehung und Funktionen ethischer Normen in Deutschland und den USA, Baden-Baden 2004.

65. Vgl. *Olivia Seifert*, Codes of Conduct, in: H. Hill (Hrsg.), Verwaltungsmodernisierung im europäischen Vergleich, Baden-Baden 2009, S. 113 ff.

66. Vgl. *Nicole Decoopman*, Droit et déontologie : contribution à l'étude des modes de régulation, in : Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, Les usages sociaux du droit, Paris 1989, S. 88 ff.

67. Siehe Art. 52 ff. des Gesetzes 7/2007 (Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público), B.O.E. núm. 89 v. 13.4.2007.

68. 2010 Chapter 25.

IV. Europäische Verwaltungskultur und nationale Identität

Das Ziel der Herausbildung einer europäischen Verwaltungskultur erscheint unter dem Gesichtspunkt der Förderung einer möglichst vergleichbar effektiven Implementierung des europäischen Unionsrechts uneingeschränkt wünschenswert. Zu fragen ist allerdings, ob diese auch durch außerrechtliche Maßnahmen der Europäischen Union verstärkte Tendenz unter dem Gesichtspunkt der Wahrung der kulturellen Vielfalt in Europa (Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 4 des EU-Vertrages) und der Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten unbedenklich ist. Nach Art. 4 Abs. 2 des EU-Vertrages kommt die nationale Identität insbesondere in den grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen zum Ausdruck, wobei aber äußerst fraglich ist, ob darunter auch informale Strukturen verstanden werden können.

Das Beharren auf kultureller Vielfalt auch hinsichtlich der staatlichen Institutionen und auf nationaler Identität findet in jedem Falle dort seine Grenze, wo es dazu dient, vertragliche Verpflichtungen zu relativieren. Soweit die Förderung einer Transformation der nationalen Verwaltungen und Verwaltungskulturen dazu dient, die Rechtsstaatlichkeit, die ausweislich Art. 2 des EU-Vertrages zu den Wertgrundlagen der Europäischen Union gehört, und die wirksame Implementierung des Unionsrechts zu sichern oder herzustellen, ist gegen entsprechende Maßnahmen nichts einzuwenden. Weitgehend unabhängig vom Europarecht finden durch den Ideenaustausch von Wissenschaft und Praxis ohnehin teilweise erheblich weitergehende Transformationen der Verwaltungssysteme statt. Man denke nur an die Diffusion wirkmächtiger Modernisierungskonzepte wie die des – mittlerweile nicht mehr ganz neuen - New Public Management. Bislang haben aber alle Transkulturationsprozesse gewisse historisch gewachsene nationale Pfadabhängigkeiten nicht aufzulösen vermocht.

Die auf die Herausbildung gemeinsamer europäischer Verwaltungsstrukturen und einer europäischen Verwaltungskultur gerichteten Maßnahmen der Europäischen Union sind dennoch kritisch zu begleiten. Noch sind die Wertkonzeptionen der Union nicht mit denen aller Mitgliedstaaten identisch und sollten auch, solange es nicht um die Kerngehalte des Unionsrechts geht, nicht erzwungen werden. In Deutschland hat in jüngerer Zeit vor allem das Urteil des EuGH vom 19. März 2010 zur Datenschutzaufsicht⁶⁹ zu grundsätzlichen Debatten geführt. Die strenge Auslegung, die der EuGH dem in Art. 28 Abs. 1

69. Urteil des EuGH v. 9.3.2010, Rs. C-518/07, Rn. 17 ff.

Unterabs. 2 der Datenschutzrichtlinie von 1995⁷⁰ aufgestellten Erfordernis der „völligen Unabhängigkeit“ der Kontrollstellen gegeben hat, ist nur schwer mit dem deutschen Verständnis von demokratischer Legitimation in Einklang zu bringen⁷¹. Nach traditionellem deutschen Demokratieverständnis ist zur Wahrung der parlamentarische Verantwortlichkeit allen Exekutivhandelns ein durch Kontrollmöglichkeiten vermittelter Ableitungszusammenhang erforderlich, soweit nicht das Grundgesetz (die deutsche Verfassung) ausnahmsweise (wie im Falle der Bundesbank und des Bundesrechnungshofs) Ausnahmen vorsieht.

Die Entwicklung einer europäischen Verwaltungskultur wird sich freilich in erster Linie jenseits der großen Konzepte vollziehen und eher an den konkreten Wertorientierungen des öffentlichen Dienstes, den Verhaltensweisen seiner Mitglieder und der Verfahrensgestaltung ansetzen. Maßnahmen, die hier zu einer größeren Objektivität, Transparenz, Effektivität und Effizienz des Verwaltungshandelns sowie zur Sicherung der Rechte der Bürger und der damit verbundenen rechtsstaatlichen Garantien beitragen, dürften in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union willkommen sein.

70. Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. Nr. L 281 v. 23.11.1995, S. 31.

71. Vgl. dazu *Hans Peter Bull*, Die „völlig unabhängige“ Aufsichtsbehörde - Zum Urteil des EuGH vom 9. 3. 2010 in Sachen Datenschutzaufsicht, in: *EuZW* 2010, S. 488 ff.; *Daniel Couzinet*, Die Legitimation unabhängiger Behörden an der Schnittstelle von unionalem und nationalem Verfassungsrecht – Zur Zulässigkeit der unionsrechtlichen Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Errichtung unabhängiger Behörden, in: A. G. Debus/F. Kruse/A. Peters/H. Schröder/O. Seifert/C. Sicko/I. Stirn (eds.), *Verwaltungsrechtsraum Europa*, Baden-Baden: Nomos, 2011, p. 213 ff. (mit einer kritischen Bewertung des deutschen Konzeptes demokratischer Legitimation). - Zu den unterschiedlichen Demokratiekonzepten in Europa näher *Karl-Peter Sommermann*, Demokratiekonzepte im Vergleich, in: H. Bauer/P. M. Huber/K.-P. Sommermann (Hrsg.), *Demokratie in Europa*, Tübingen 2005, S. 191 ff.



El desenvolupament d'una cultura administrativa europea

Sumari

1. Introducció. Cultura i dret
2. Valors comuns o equivalents funcionals a la Unió Europea?
3. La cultura administrativa de la unió administrativa europea

EL DESENVOLUPAMENT D'UNA CULTURA ADMINISTRATIVA EUROPEA

Josep Ramon Fuentes i Gasó

Professor titular de dret administratiu de la Universitat Rovira i Virgili

«Hätte er heute noch einmal zu beginnen, würde er mit der Kultur anfangen»

Jean MONNET, citat per Peter Häberle

1. Introducció. Cultura i dret

Analitzar el desenvolupament de la cultura administrativa europea és una comesa suggeridora però difícil, especialment pels juristes, en la seva gran majoria acostumats a analitzar els formants principals de l'ordenament jurídic¹ –la llei, la jurisprudència i la doctrina– gairebé sempre des d'una perspectiva objectiva, subestimant l'element cultural com a factor actiu i dinàmic en l'evolució del dret i en el procés d'integració europea. Només pocs estudiosos de les ciències jurídiques han conceptualitzat amb solvència la relació entre cultura i dret, entre ells cal destacar el professor Peter HÄBERLE, qui ha elaborat una teoria de la Constitució com a ciència cultural.² En aquest sentit, cal recordar que el mateix Jean MONNET, al final de la seva vida, va afirmar que si pogués engagar de nou la integració europea, començaria amb la integració cultural i no amb l'econòmica.³ Ens trobem, per tant, davant d'una qüestió important; però quan s'utilitza el lema «cultura administrativa»? El

1. L'expressió «formants de l'ordenament» ha estat emprada per SACCO per indicar els diferents grups de regles i proposicions que, en l'àmbit de l'ordenament, contribueixen, en general, a l'ordre jurídic del grup, *vid.* SACCO, R. «Legal Formants: A dynamic Approach to Comparative Law», en *American Journal of Comparative Law*, 1991, núm. 39, pàg. 343 i següents.

2. *Vid.* HÄBERLE, P. *Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat*, Wien, W. Braumüller, 1980.

3. *Vid.* HÄBERLE, P. «Europäische Verfassungslehre. Ein Projekt», en *Europäische Verfassungslehre*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 2011; MAIHOFER, W., «Culture politique et identité européenne», a SCHWARZE, J., SCHERMERS, H. G., (Ed.), *Structure and Dimensions of European Community Policy*, Baden Baden, 1988, pàgs. 215-229.

substantiu planteja un problema semiòtic.⁴ A què ens referim quan parlem de «cultura»?

En termes generals, el terme «cultura» indica el conjunt de valors, costums, creences i pràctiques que constitueixen la forma de vida d'un grup específic.⁵ Però indubtablement estem davant d'un terme polisèmic; les primeres accepcions de la paraula van ser elaborades per les ciències socials al segle XIX, després de la filosofia, especialment per la sociologia i l'antropologia que s'ocupa de l'estudi comparatiu de la cultura, i també per la psicologia. S'han donat definicions culturalistes, funcionalistes, estructuralistes, simbòliques, marxistes, neoevolucionistes i ecofuncionalistes, psicològiques i científiques, etc. El concepte de cultura s'ha convertit en un instrument per a l'estudi de les organitzacions, en reconèixer-se que en les activitats de les organitzacions influeixen també valors, normes, símbols i rituals que van més enllà de les explicacions basades en teories racionals i econòmiques, proporcionant d'aquesta manera models d'acció del que és legítim i normal i integrant els membres de l'organització, generant lleialtat, identitat i sentiment de formar part d'un grup.⁶ En sociologia jurídica, l'expressió «cultura jurídica» fa referència al conjunt de normes, institucions, valors i actituds relacionades amb el dret.⁷ El 1985, WIEACKER, en la seva obra *Voraussetzungen europäischer Rechtskultur*, va observar que hi ha un desenvolupament històric autònom en la cultura jurídica europea, donat per la confluència de l'herència del dret romà i l'església catòlica i que trenca amb el concepte alemany de compromís personal entre el rei i els seus súbdits. L'Estat es desenvolupa com una institució social de legitimitació i assignació de poder i l'individualisme, com a herència cristiana, es va transformar en els principis jurídics de llibertat i responsabilitat.⁸ Aquests elements culturals, com després ha posat de manifest el professor Manuel BALLBÉ, indiscutiblement representen les claus per entendre i formular una teoria europea del dret.⁹

4. En aquest sentit, *vid.* VERNET I LLOBET, J. «Cultura, derecho lingüístico y derecho constitucional», a BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.). *Derecho constitucional y cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004, pàg. 217 i següents.

5. EAGLETON, T. *La idea de cultura*, Paidós, Barcelona, 2001, pàg. 58.

6. JAMIL, I. «La cultura administrativa: una forma de comprender la administración pública en distintas culturas», en *Gestión y Política Pública*, volum VII, núm. 1, 1998, pàg. 62.

7. *Vid.*, BLANKENBURG, E. «Rechtskultur», en GREIFFENHAGEN, M., GREIFFENHAGEN, S., PRÄTORIUS, R. (Ed.). *Handbuch zur politischen Kultur der Bundesrepublik Deutschland*, Opladen, 1981, pàgs. 401-407.

8. WIEACKER, F. *Voraussetzungen europäischer Rechtskultur*, Göttinger Tageblatt, 1985.

9. *Vid.* BALLBÉ, M. «Principios Pluralistas», a BALLBÉ, M., FRANCH, M. (Dir.). *Manual de*

La «cultura administrativa» ha estat definida per JANN com a «patró d'orientació relatiu a l'administració pública que existeix en una societat» i/o com a «patrons d'orientació que existeixen en una (o més) administracions»;¹⁰ de manera que tant la població general com el personal al servei dels ens públics concorren en la formació de la cultura administrativa.

La relació entre dret i cultura es pot moure en dues direccions diferents: no és el mateix l'anàlisi jurídica de la cultura que l'anàlisi cultural del dret. El primer enfocament tracta de la connexió entre cultura i dret des de l'angle dels estudis jurídics, per tant, la cultura es tradueix en un àmbit sectorial de regulació d'activitats, coneixements, béns, serveis educatius, intel·lectuals i artístics que componen un subsistema jurídic, dotats de principis, normes, objectes i finalitats pròpies. Certament podem dir que aquesta perspectiva no és la que interessa comentar en el marc del present discurs.

L'anàlisi cultural del dret, en canvi, s'inscriu en el corrent dels anomenats *Cultural Studies*.¹¹ Des d'aquesta perspectiva d'estudi, les normes jurídiques positivitzades i les diferents pràctiques normatives existents provoquen representacions i significacions subjectives –individuals i grupals– que poden aconseguir cert grau d'autonomia i influir en l'estructuració del mateix sistema jurídic positiu o bé afectar les pràctiques jurídiques formals. Mitjançant aquesta aproximació es posa de manifest la dialèctica entre ordenament jurídic positivitzat, d'una banda, i representació i pràctica d'aquest, d'una altra. En definitiva, l'anàlisi cultural del dret pretén estudiar els processos de representació, significació, assimilació i experiència que de les normes tenen els subjectes o els grups socials.

Encara que no fem una reflexió cultural sobre l'Administració europea, aquestes breus referències epistemològiques ens permeten apropar-nos al tema que ens ocupa. En efecte, hem d'assumir que el dret europeu és el resultat de processos europeus de formació de la voluntat, i que aquests processos han de satisfer valors, interessos i preferències diferents de les que hi ha en cada Estat membre (EM) de la Unió Europea (EU); dit d'una altra manera, el consens

derecho administrativo: una perspectiva desde los ordenamientos jurídicos de Guatemala y España, UAB-AECL, 2002; BALLBÉ, M. «La competencia como principio vertebrador del sistema pluralista», en *Anuario de la Competencia*, 1997.

10. JANN, W. *Staatliche Programme und «Verwaltungskultur»*, Opladen, 1983, pàg. 28.

11. Vid. STOREY, J. (Ed.). *What is Cultural Studies: A Reader*, Arnold, London and New York, 1996; DURING, S. (Ed.), *The Cultural Studies Reader*, Routledge, London and New York, 1999; LEONARD, J. (Ed.). «Legal Studies as Cultural Studies. A reader», a *(Post)Modern Critical Theory*, State University of New York Press, Albany, 1995; GROSBBERG, L. *Estudios culturales. Teoría, política y práctica*, Valencia, Letra Capital, 2010.

polític a nivell nacional ja no està en condició de determinar el dret vigent en els estats nacionals. Aquest fenomen és especialment evident en aquest moment històric de crisi econòmica. L'uropeïtzació es caracteritza per ser un «fenomen heterònim»,¹² en el sentit que els continguts del dret no són el resultat de la realització de la sobirania nacional sinó mandats que la comunitat jurídica estatal ha de complir.¹³ Tampoc el vot favorable per part dels parlaments nacionals equival, des d'un punt de vista funcional, al consens social, d'una banda, perquè en els sistemes parlamentaris semblants al nostre, la majoria parlamentària actua com a corretja de transmissió de la voluntat de l'executiu i, en segon lloc, perquè no hi ha una veritable opinió pública europea, sinó una fragmentació d'opinions nacionals, ja que, per exemple, no podem creure que l'opinió dels alemanys sobre les mesures per sortir de la crisi coincideixi amb el semblar de la ciutadania grega, i si no esperarem els resultats de l'anunciat referèndum per veure-ho.

Ara bé, aquest discurs sobre el desenvolupament d'una «cultura administrativa europea» (*Europäischer Verwaltungsverbund*) ha d'entendre's, en primer terme, com una resposta a la pregunta de si existeixen valors de base propis de l'espai administratiu europeu.

2. Valors comuns o equivalents funcionals a la Unió Europea?

Malgrat el fracàs de 2005 del Tractat Constitucional, la UE es considera per la doctrina més destacada com una «unió constitucional» (*Verfassungsver-*

12. Vid. VON BOGDANDY, A. «L'uropeizzazione dell'ordinamento giuridico come minaccia per il consenso sociale?», en ZAGREBELSKY, G., *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Laterza, Roma Bari, 2003, pàg. 274.

13. Aquesta circumstància pot resultar alguna cosa paradoxal si es considera que la UE no té competències pròpies originàries sinó derivades d'una atribució dels EM; s'atribueix l'exercici de la competència, no la titularitat ja que el titular de la sobirania és el conjunt de la ciutadania de cadascun dels EM. Són els EM els qui atribueixen les competències perquè la UE aconsegueixi els objectius assignats: «Per mitjà d'aquest tractat, les Altes Parts Contraents institueixen entre elles una Unió Europea, d'ara endavant denominada Unió, a la qual els estats membres atribueixen competències per a assolir llurs objectius comuns.» (art. 1 Tractat de la Unió Europea, TUE). Les competències són atribuïdes en el tractat no pel tractat. La UE haurà de perseguir els objectius assignats només mitjançant les competències atribuïdes i no de qualsevol altra forma: la UE no té competències generals. La competència concreta no pot basar-se en els articles que categoritzen les competències (arts. 2-6 TFUE). Han de basar-se en preceptes concrets. La UE actua només dins dels límits de les competències (art. 5.2 TUE). Qualsevol competència que els tractats no atribueixin a la Unió correspon als estats membres (arts. 4 i 5.2 TUE)

bund),¹⁴ això és així des que el Tribunal de Justícia de la UE (TJUE) va perseguir mitjançant la seva jurisprudència –en els assumptes Van Gend & Loos (1963) i Costa/ENEL (1964)– la constitucionalització de la Comunitat Econòmica Europea (CEE).¹⁵ Perquè hi hagi una comunitat política és necessari que hi hagi un nivell mínim de valors comuns compartits, tal com expressava l'Advocat General Jacobs en les seves Conclusions en l'assumpte Kostantiniadis: «[...]el nacional comunitari [...] no només té el dret a exercir la seva activitat i professió i a beneficiar-se de les mateixes condicions de vida i laborals que els ciutadans de l'Estat d'acollida, sinó que, a més, té dret a presumir que, allà on sigui que vagi per guanyar-se la vida dins de la Comunitat Europea, se'l tractarà d'acord amb un codi comú de valors fonamentals,¹⁶ en particular, els establerts pel CEDH. En altres paraules, té dret a afirmar *civis europeus sum* [...]».¹⁷ Després del Tractat de Lisboa, l'art. 2 del TUE afirma que «La Unió es fonamenta en els valors del respecte a la dignitat humana, de la llibertat, de la democràcia, de la igualtat, de l'estat de dret i del respecte als drets humans, inclosos els drets de les persones pertanyents a minories. Aquests valors són comuns als estats membres en una societat caracteritzada pel pluralisme, la no discriminació, la tolerància, la justícia, la solidaritat i la igualtat entre dones i homes». El significat últim del compromís amb uns valors és que la construcció europea no es limita al progrés econòmic, és que el seu objectiu és crear un espai de pau. L'obligació de respectar aquests valors, així com la seva activa promoció, és una obligació jurídica i una condició essencial per a la realització del projecte europeu.¹⁸ Aquest precepte contingut a l'art. 2 TUE conforma, juntament amb l'art. 49 TUE, una condició necessària per a l'ingrés a la UE i, amb l'art. 7.2 TUE, una condició de permanència dins de la Unió. Per tant, podria entendre's la unificació europea com la institucionalització d'una comunitat de valors en part, i especialment, cristianooccidentals.¹⁹ No obstant

14. Vid. VON BOGDANDY, A., BAST, J. (Dir.). *Principles of European Constitutional Law*, 2006; SCHMIDT-ASSMANN, E., VOSSKUHLE, A. (Dir.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts I*, 2006.

15. Vid. STEIN, E. «Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution», en *American Journal of International Law*, 75, 1981.

16. En relació amb els valors, vid. PECES BARBA, G. *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986.

17. Conclusions de l'Advocat General F. G. JACOBS, presentades en data 9 de desembre de 1992, assumpte C-168/91, pàgs. 1211-1212.

18. MANGAS MARTÍN, A., LIÑAN NOGUERAS, D. J. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 6ª ed, Tecnos, Madrid, 2010, pàg. 51.

19. Vid. HALLSTEIN, W. *Die Europäische Gemeinschaft*, Econ, Düsseldorf, 1973, pàg. 66.

això, altres autors discrepen i consideren que no és apropiat parlar d'Europa en termes de comunitat de valors. En aquest sentit, VON BOGDANDY considera que la majoria de les sentències que han conduït a la constitucionalització dels tractats no han estat al servei dels principis guia materials, sinó que intentaven promoure la integració a través de la garantia de la implementació dels resultats del procés polític europeu, en particular del dret primari i secundari. Segons aquest mateix autor: «El sistema polític de la Unió només pot funcionar si té en compte, com a principi essencial, el consens com a resultat del procediment i no com a premissa. El dret no és l'expressió de valors socials, sinó l'equivalent funcional d'aquests. El dret [...] és, en primer lloc, el resultat del procediment i de l'acord, la força i el contingut vinculant del qual coincideix amb el convenciment de l'adequació dels procediments i de la sensatesa del projecte europeu en el seu conjunt. Per aquestes raons, «la legitimitat de la integració europea es fonamenta més que en el consens i els valors, en el compliment de determinats procediments».²⁰

Si assumim que la UE és una unió constitucional, cal tenir també en compte l'«explícita constitucionalització de l'Administració europea soferta com a conseqüència del Tractat de Lisboa».²¹ Aquesta afirmació se sustenta, segons MIR PUIGPELAT, en els arguments següents: el Tractat dota de major visibilitat constitucional a la dimensió administrativa de la UE i al seu aparell burocràtic; distingeix amb major claredat la funció administrativa de la reglamentària i ressalta la dimensió administrativa de la comissió; estableix la descentralització organitzativa de l'Administració comunitària que s'ha dut a terme mitjançant una tipologia diversa d'agències, òrgans i organismes; la consagració del dret a la bona administració i dels principis d'obertura, eficàcia, control financer i independència de l'Administració europea; i, finalment, el Tractat posa en evidència la importància de la cooperació entre les administracions europees i nacionals.²² Aquesta última vessant ens sembla especialment significativa i actual en termes de desenvolupament d'una cultura administrativa europea.

Sense cap mena de dubte, des d'un altre àmbit, el de la cooperació internacional europea, cal assenyalar l'important paper que el Consell d'Europa ha exer-

20. VON BOGDANDY, A. «L'europeizzazione dell'ordinamento giuridico come minaccia per il consenso sociale?» en ZAGREBELSKY, G. (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Laterza, Roma-Bari, 2003, pàg. 288 i següents.

21. *Vid.* MIR PUIGPELAT, O. «La codificación del procedimiento administrativo en la unión administrativa europea», a VELASCO CABALLERO, F., SCHEIDER, J.P (Coord.). *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pàgs. 54 i següents.

22. *Ibidem.*

cit, i exerceix, en la construcció d'una «nova cultura europea». D'entre aquesta tasca ingent, podem destacar el desenvolupament d'un conjunt de bones pràctiques administratives en l'àmbit de la policia, per exemple.²³

3. La cultura administrativa de la unió administrativa europea

Més enllà de les formes tradicionals d'aplicació del dret europeu, l'execució directa, en la qual l'Administració pròpia de la UE actua mitjançant la Comissió o una de les seves nombroses agències, o l'execució indirecta, realitzada pels aparells administratius dels EM,²⁴ la interacció institucionalitzada està adquirint una importància destacada, és a dir, regulada i configurada pel dret,²⁵ entre institucions i organismes europeus, d'una banda, i administracions nacionals, d'una altra. Un conjunt d'elements que conformen el que s'anomena «la cultura administrativa de la unió administrativa europea». Se-

23. En aquest sentit, l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa va adoptar una declaració sobre la policia en la Resolució núm. de 8 de maig de 1979. El mateix any, a través de la Resolució 34/169, l'Assemblea General de les Nacions Unides va adoptar el primer Codi de conducta per als funcionaris encarregats del *law enforcement*. Ara bé, el document internacional de major rellevància en aquesta matèria va ser aprovat pel Comitè de Ministres del Consell d'Europa de 19 de setembre de 2001, amb l'adopció de la Recomanació REC (2001) 10 als EM sobre el Codi Europeu d'Ètica de la Policia (CEEP). Aquest és un text pioner en el procés de regulació transnacional europea de l'ètica pública elaborat en una marca molt extensa, integrat per quaranta-cinc països membres, que va molt més enllà d'un mer codi ètic deontològic. «L'objectiu global consistia a crear un instrument que servís com a marc general per a la policia i per a l'exercici de les seves funcions, en particular, el seu posicionament en el sistema de justícia penal, els seus objectius i el seu funcionament en un sistema democràtic. El resultat és un text que proporciona els principis necessaris per configurar una policia ètica. Alguns d'aquests principis pertanyen a l'àmbit legislatiu, alguns tindrien cabuda en un codi deontològic nacional i uns altres pretenen servir com a guia en la formació de la policia. En conjunt, el CEEP i l'exposició de motius que l'acompanya constitueixen un document complet que resumeix els objectius i el paper de la policia en els estats democràtics moderns propis de l'estat de dret». *Vid.* FUENTES I GASÓ, J. R. «Ètica i policia local. La regulació de la seguretat pública i de la deontologia policial» en MOLES I PLAZA, R. J. COCCILO, E. E. (coord.). *Anàlisi dels elements del bon govern local. Codi del bon govern local*, Universitat Autònoma de Barcelona – Associació Catalana de Municipis, Barcelona, 2011, pàg. 117 i següents.

24. En relació amb l'administració directa i indirecta, entre nosaltres, *vid.* FUENTETAJA PASTOR, J. A. *La administració europea. La ejecució europea del derecho y las polítiques de la Unió*, Thomson Civitas, Madrid, 2007, pàg. 347 i següents. Així mateix, *vid.* GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. *El derecho administrativo europeo*, IAAAP, Sevilla, 2000.

25. *Vid.* MIR PUIGPELAT, O. *Ibidem*, pàg. 63.

gons l'opinió de MIR PUIGPELAT: «A mesura que s'expandeixen els mecanismes d'interacció, es redueixen els àmbits en què l'Administració comunitària, i les administracions nacionals, executen de forma autàrquica i sense ingerències alienes les normes comunitàries i emergeix amb força una zona intermèdia, d'execució conjunta del dret comunitari. El creixement d'aquesta nova forma d'execució és tan gran, que són molts els que creuen, amb raó, que la UE no és només una *unió constitucional*, sinó que constitueix també una *unió administrativa* (*Europäischer Verwaltungsverbund*)».²⁶

Des de la perspectiva del discurs que estem realitzant, aquest concepte d'unió administrativa és molt interessant per dos tipus de motius. El primer té a veure amb la cultura dels estudiosos del dret administratiu. Segons el professor SCHMIDT-ARMANN, la unió administrativa representa «una idea teòrica sistematitzadora, que entrellaci els principis organitzatius de jerarquia i cooperació».²⁷ De manera que les estructures federals de la UE trobin en la unió administrativa una adequada denominació i descripció, on el desenvolupament d'un dret administratiu europeu es presenta com la tasca més important a fer en la construcció del sistema juridicoadministratiu, en el futur, sempre en paraules d'aquest autor.²⁸

En un segon ordre de motius, hem d'observar la nova cultura administrativa en acció.²⁹ Superant la dicotomia administració directa/administració indirecta, mitjançant la unió administrativa europea, es descriuen «els desenvolupaments institucionals més nous de l'Administració, que actua a l'espai administratiu europeu, tant en el seu conjunt com de forma individual. Entre aquestes noves fórmules destaquen, especialment, les que es troben en àmbits caracteritzats de forma molt intensa per la presència d'elements d'unió, interconnexió o integració entre diferents administracions».

Un d'aquests àmbits és el model decisor en el dret d'autorització de productes i el dret de la seguretat, on concorren estructures administratives dels

26. MIR PUIGPELAT, O., *Ibidem*, pàgs. 63-64. Sobre el tema *amplius e in toto, vid.* el treball col·lectiu de VELASCO CABALLERO, F., SCHEIDER, J.P (Coord.), *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008.

27. *Vid.* SCHNEIDER, J.P. «Estructuras de la unión administrativa europea. Observaciones introductorias», a VELASCO CABALLERO, F., SCHEIDER, J.P (Coord.). *La unión...*, *op. cit.*, pàg. 29.

28. **Esmenat a** RUFFERT, M. «De la europeización del derecho administrativo a la unión administrativa europea», a VELASCO CABALLERO, F., SCHEIDER, J.P (Coord.). *La unión...*, *op. cit.*, pàg. 107

29. **A continuació es resumeix l'anàlisi realitzada per** RUFFERT, M. «De la europeización del derecho administrativo...», *op. cit.*, pàg. 88 i següents, amb la finalitat de posar de manifest els trets de la cultura administrativa europea.

estats membres, formes organitzatives supranacionals, procediments decisoris i efectes de les decisions, establint interconnexions entre tots aquests elements de forma complexa. Un altre àmbit és el que es construeix per xarxes d'autoritats nacionals i supranacionals en matèria de dret de la competència i de serveis. Es tracta del cas de la vigilància descentralitzada de dret antimonopoli, on l'activitat administrativa no es desenvolupa per autoritats individuals sinó per una xarxa d'autoritats (*European Competition Network*). També es pot citar el sistema de col·laboració administrativa recollit en la directiva de serveis. Així mateix, en l'esfera de la regulació dels serveis de xarxes (telecomunicacions, energia) han sorgit estructures d'unió o integració especialment complexes, en les quals estan involucrades les agències nacionals, europees i la Comissió.

Aquests camps d'activitat administrativa estan removent els fonaments del dret administratiu, tal com el coneixíem, ja que es connecta, d'una manera nova, el dret i l'administració de la Unió amb els drets i els aparells administratius nacionals. RUFFERT observa que la unió administrativa constitueix un paradigma diferent del d'uropeïtzació i que farà falta estudiar com, per exemple, el dret de la contractació pública i el dret ambiental s'integraran en el nou model teòric. Si es projecta el concepte d'unió administrativa sobre el conjunt de l'execució del dret administratiu europeu, aquest esdevé «el correlat de la unió constitucional –en el sentit d'una federalització administrativa. [...] la unió administrativa [esdevé], d'aquesta manera, una forma administrativa específica de la Unió Europea».³⁰

La cultura administrativa d'aquesta «federalització administrativa» (en expressió de Thomas GROß), resultat de l'enllaç en xarxa d'estructures reguladores, es basa en la flexibilitat, l'especialització, la independència i l'adaptació. No obstant això, s'ha subratllat que l'abandonament de les estructures organitzatives tradicionals genera inevitables problemes de legitimació. Davant d'aquesta qüestió, es predica la compensació procedent de la transparència procedimental, decisòria i la participació dels interessats. Així mateix, en els resultats d'aquesta activitat s'aprecien efectes legitimadors, per mitjà dels quals es torna, per tant, a la teoria de VON BOGDANY. Segons aquesta teoria, la legitimitat de la integració europea es fonamenta en el compliment de determinats procediments assistits per exigències d'imparcialitat, correcció, celeritat, accés, motivació, etc. Així que, en definitiva, «les interconnexions de la unió administrativa europea han d'encaixar en les estructures de legitimació de la unió constitucional europea».³¹

30. RUFFERT, M., «De la europeización...», *op. cit.*, pàgs. 106-107.

31. *Ibidem*, pàg. 102.

Bibliografía

- BALLBÉ, M. «Principios Pluralistas», a BALLBÉ, M.; FRANCH, M. (Dir.). *Manual de derecho administrativo: una perspectiva desde los ordenamientos jurídicos de Guatemala y España*, UAB-AECI, 2002.
- BALLBÉ, M. «La competencia como principio vertebrador del sistema pluralista», a *Anuario de la Competencia*, 1997.
- BLANKENBURG, E. «Rechtskultur», a GREIFFENHAGEN, M., GREIFFENHAGEN, S., PRÄTORIUS, R. (Ed.). *Handbuch zur politischen Kultur der Bundesrepublik Deutschland*, Opladen, 1981.
- CALLEJÓN, F. (Coord.). *Derecho constitucional y cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004.
- DURING, S. (Ed.). *The Cultural Studies Reader*, Routledge, London and New York, 1999.
- EAGLETON, T. *La idea de cultura*, Paidós, Barcelona, 2001.
- FUENTES I GASÓ, J. R. «Ètica i policia local. La regulació de la seguretat pública i de la deontologia policia» en MOLES I PLAZA, R. J., COCCILO, E. E., (coord.), *Anàlisi dels elements del bon govern local. Codi del bon govern local*, Universitat Autònoma de Barcelona – Associació Catalana de Municipis, Barcelona, 2011.
- FUENTETAJA PASTOR, J. A. *La administración europea. La ejecución europea del derecho y las políticas de la Unión*, Thomson Civitas, Madrid, 2007.
- GIFREU FONT, J.; FUENTES GASÓ, J.R. *Règim jurídic dels ens locals de Catalunya*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 2008
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. *El derecho administrativo europeo*, IAAP, Sevilla, 2000.
- GROSBBERG, L. *Estudios culturales. Teoría, política y práctica*, Valencia, Letra Capital, 2010.
- HÄBERLE, P. *Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat*, W. Braumüller, Wien, 1980.
- HÄBERLE, P. «Europäische Verfassungslehre. Ein Projekt», a *Europäische Verfassungslehre*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 2011.
- HALLSTEIN, W. *Die Europäische Gemeinschaft*, Econ, Düsseldorf, 1973.
- HOFFMANN-RIEM, W.; SCHMIDT-ASSMANN, E., VOSSKUHLE, A., (Dirs.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts I*, München, C.H. Beck, 2006.
- JAMIL, I. «La cultura administrativa: una forma de comprender la administración pública en distintas culturas», a *Gestión y Política Pública*, vol. VII, núm. 1, 1998.

- JANN, W. *Staatliche Programme und «Verwaltungskultur»*, Opladen, 1983.
- LEONARD, J. (Ed.). «Legal Studies as Cultural Studies. A reader», a *(Post)Modern Critical Theory*, State University of New York Press, Albany, 1995.
- MAIHOFFER, W. «Culture politique et identité européenne», en J. SCHWARZE, H.G., SCHERMERS (Ed.). *Structure and Dimensions of European Community Policy*, Baden Baden, 1988.
- MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D.J. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 6ª ed, Tecnos, Madrid, 2010.
- MIR PUIGPELAT, O. «La codificación del procedimiento administrativo en la unión administrativa europea», a VELASCO CABALLERO, F.; SCHEIDER, J.P (Coord.), *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008.
- PECES BARBA, G. *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986.
- RUFFERT, M. «De la europeización del derecho administrativo a la unión administrativa europea», a VELASCO CABALLERO; F., SCHEIDER, J.P (Coord.), *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008.
- SACCO, R. «Legal Formants: A dynamic Approach to Comparative Law», a *American Journal of Comparative Law*, núm. 39, 1991.
- SCHNEIDER, J.P. «Estructuras de la unión administrativa europea. Observaciones introductorias», a VELASCO CABALLERO; F., SCHEIDER, J.P (Coord.), *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008.
- STEIN, E. «Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution», a *American Journal of International Law*, 75, 1981.
- STOREY, J. (Ed.) *What is Cultural Studies: A Reader*, Arnold, London and New York, 1996.
- VELASCO CABALLERO; F. SCHEIDER, J.P (Coord.), *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008.
- VERNET I LLOBET, J. «Cultura, derecho lingüístico y derecho constitucional», a BALAGUER CALLEJÓN; F. (Coord.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004.
- VON BOGDANDY, A. «L'europeizzazione dell'ordinamento giuridico come minaccia per il consenso sociale?», a ZAGREBELSKY, G., *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Laterza, Roma Bari, 2003.
- VON BOGDANDY, A.; BAST, J. (Dir.) *Principles of European Constitutional Law*, 2006.
- WIEACKER, F. *Voraussetzungen europäischer Rechtskultur*, Göttinger Tageblatt, 1985.



El desplegament progressiu del dret de contractes públics a Europa i en especial al nostre ordenament jurídic: alguns aspectes d'interès

Sumari

1. Consideracions prèvies
2. L'àmbit subjectiu d'aplicació del TRLCSP
 - 2.1. Poder adjudicador-Administració pública
 - 2.2. Poder adjudicador-no Administració pública
 - 2.3. Resta d'ens del sector públic que no siguin AP ni poder adjudicador
3. Els contractes *in house providing*
 - 3.1. Amb relació a l'exigència del «control anàleg» al dels seus serveis
 - 3.2. El criteri del «vincle de destinació» de l'ens instrumental
4. El nou sistema de recursos en matèria de contractes públics
5. Bibliografia

EL DESPLEGAMENT PROGRESSIU DEL DRET DE CONTRACTES PÚBLICS A EUROPA I EN ESPECIAL AL NOSTRE ORDENAMENT JURÍDIC: ALGUNS ASPECTES D'INTERÈS

Belén Noguera de la Muela

*Professora titular de dret administratiu. Universitat de Barcelona (UB),
i catedràtica acreditada de dret administratiu*

1. Consideracions prèvies

La contractació pública ha adquirit als estats del segle XXI un gran impuls econòmic, polític i social i es presenta no solament com una forma d'aprovisionament, sinó com un instrument de política econòmica que pot contribuir a la consecució d'altres polítiques públiques, com la lluita contra l'atur. Segons dades de la Comissió Europea, els contractes de les administracions públiques suposen més del 19% del PIB comunitari, i la seva importància per Estats membres és molt variable: l'11% del PIB de Grècia; el 18,5% d'Espanya; el 19,3% de França; el 30,9% d'Holanda i el 19,3 d'Alemanya.

Així, pel que fa a Espanya, fins a la promulgació del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la llei de contractes del sector públic (en endavant TRLCSP), l'aprovació de les dues lleis estructurants bàsiques reguladores de la contractació pública, això és l'LCSP (Llei 30/2007, de 30 d'octubre de 2007), i LCSE (Llei 31/2007), de 30 d'octubre, no va dotar aquest sector decisiu de l'ordenament jurídic d'una estabilitat i seguretat jurídiques que necessitava de forma imperiosa. Ans al contrari, les deficiències de l'LCSP i el retard en el desenvolupament reglamentari general, les insuficiències de la transposició del dret de la Unió Europea en la matèria, unides a les noves exigències comunitàries i a les mesures adoptades per a reaccionar davant la crisi econòmica, han donat lloc a nombroses reformes de la legislació bàsica de contractes, aprovades a través de les normes més diverses. I avui tampoc sembla que les reformes acabin, ja que tenim a la vista tres noves propostes de directives noves que, ben segur, provocaran canvis normatius.

Pocs àmbits com el de la contractació pública exemplifiquen la «legislació motoritzada», en expressió del professor E. Garcia de Enterría, característica dels

ordenaments jurídics contemporanis i, especialment, del nostre país, en els darrers decennis.

Així, abans d'entrar en l'anàlisi sumària d'algunes de les qüestions més rellevants que planteja la normativa de contractació pública, resulta convenient portar a col·lació la mostra d'algunes de les principals disposicions aprovades, des de l'any 1995 (Llei 13/1995), que han transformat completament la regulació de la contractació pública europea i del nostre país:

-Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques i llurs posteriors modificacions a través de les lleis: la Llei 9/1996, de 15 de gener, per la qual es van adoptar mesures extraordinàries, excepcionals i urgents en matèria de proveïments hidràulics com a conseqüència de la persistència de la sequera; Llei 11/1996, de 27 de desembre, de mesures de disciplina pressupostària; i les lleis de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social 13/1996, de 30 de desembre, 66/1997, de 30 de desembre, i 50/1998, de 30 de desembre.

-Llei 48/1998, de 30 de desembre, sobre procediments de contractació en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i les telecomunicacions.

-Reial decret 390/1996, d'1 de març, de desplegament parcial de la Llei 13/1995.

-Reial decret 704/1997, de 16 de maig, pel qual es regula el règim jurídic, pressupostari i financer del contracte administratiu d'obra sota la modalitat d'abonament total del preu.

-Directives sobre contractes públics d'obres, subministraments, serveis i «sectors especials», i sobre «mitjans de recurs» en els procediments d'adjudicació d'aquests contractes: 89/665/CEE, 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE, 93/38/CEE i 92/13/CEE, i llurs reformes introduïdes per les directives 97/52/CE i 98/4/CE.

-Llei 53/1999, de 28 de desembre, de reforma de l'LCAP.

-Reial decret 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques.

-Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, de 12 d'octubre de 2001.

-Reglament (CE) núm. 2195/2002 del Parlament Europeu i del Consell, de 5 de novembre de 2002, pel qual s'aprova el Vocabulari comú de contractes públics (CPV).

-Llei 44/2002, de 22 de novembre, de mesures de reforma del sistema financer.

-Llei 13/2003, de 23 de maig, reguladora del contracte de concessió d'obres públiques.

-Llei orgànica 8/2003, de 9 de juliol, per a la reforma concursal, per la qual es modifica la Llei orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del Poder Judicial.

-Llei 58/2003, de 17 de desembre, general tributària.

-Llei 62/2003, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i d'ordre social.

-Directiva 2004/17/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 31 de març de 2004, sobre la coordinació dels procediments d'adjudicació de contractes en els sectors de l'aigua, de l'energia, dels transports i dels serveis postals.

-Directiva 2004/18/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 31 de març de 2004, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministrament i de serveis.

-Llei 3/2004, de 29 de desembre, per la qual s'estableixen mesures de lluita contra la morositat en les operacions comercials, que ha incorporat al dret intern la Directiva 2000/35/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 29 de juny de 2000, per la qual s'estableixen mesures de lluita contra la morositat en les operacions comercials.

-Reial decret llei 5/2005, d'11 de març, de reformes urgents per a l'impuls a la productivitat i per a la millora de la contractació pública.

-Ordre EHA/1307/2005, de 29 d'abril, que regula l'ocupació de mitjans electrònics en els procediments de contractació de l'Administració General de l'Estat.

-Ordre EHA/1744/2005, de 3 de juny, per la qual s'estableixen les condicions generals, formularis i models per a la presentació i tramitació telemàtiques de sol·licituds de classificació d'empreses, i s'aprova l'aplicació telemàtica per al seu tractament.

-Llei 5/2006, de 10 d'abril, de regulació dels conflictes d'interessos dels membres del Govern i dels alts càrrecs de l'Administració general de l'Estat.

-Llei 32/2006, de 18 d'octubre, reguladora de la subcontractació en el sector de la construcció i el seu desplegament operat pel Reial decret 1109/2007, de 24 d'agost.

-Llei orgànica 3/2007, de 22 de març, per a la igualtat efectiva de dones i homes.

-Llei 11/2007, de 22 de juny, d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics.

-Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic.

-Llei 31/2007, de 30 d'octubre, sobre procediments de contractació en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals.

-Directiva 2007/66/CE del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de de-

embre de 2007, per la qual es modifiquen les Directives 89/665/CEE i 92/13/CEE del Consell, pel que fa a la millora de l'eficàcia dels procediments de recurs en matèria d'adjudicació de contractes públics.

-Reglament (CE) núm. 1422/2007 de la Comissió, de 4 de desembre de 2007, pel qual es modifiquen les Directives 2004/17/CE i 2004/18/CE del Parlament Europeu i del Consell, pel que fa als l·lindars d'aplicació en els procediments d'adjudicació de contractes; i l'Ordre EHA/3875/2007, de 27 de desembre, per la qual es fan públics els límits dels diferents tipus de contractes de contractació administrativa, a partir de l'1 de gener de 2008.

-Reglament (CE) núm. 213/2008 de la Comissió, de 28 de novembre de 2007, que modifica el Reglament (CE) núm. 2195/2002 del Parlament Europeu i del Consell, pel qual s'aprova el Vocabulari comú de contractes públics (CPV), i les Directives 2004/17/CE i 2004/18/CE del Parlament Europeu i del Consell, sobre els procediments dels contractes públics, pel que fa a la revisió del CPV.

-Ordre PRE/116/2008, de 21 de gener, per la qual es publica l'Acord de Consell de Ministres, pel qual s'aprova el Pla de contractació pública verda de l'Administració general de l'Estat i llurs organismes públics, i les entitats gestores de la Seguretat Social.

-Ordre EHA/1049/2008, de 10 d'abril, de declaració de béns i serveis de contractació centralitzada.

-Ordre EHA/1220/2008, de 30 d'abril, per la qual s'aproven les instruccions per a operar en la Plataforma de contractació de l'Estat.

-Reial decret llei 9/2008, de 28 de novembre, pel qual es creen un Fons estatal d'inversió local i un Fons especial de l'Estat per a la dinamització de l'economia i l'ocupació, i s'aproven crèdits extraordinaris per atendre el seu finançament.

-Decisió de la Comissió de 9 de desembre de 2008, per la qual es modifiquen les llistes d'entitats adjudicatadores i de poders adjudicadors que figuren als annexos de les Directives 2004/17/CE i 2004/18/CE del Parlament Europeu i del Consell sobre els procediments d'adjudicació de contractes públics (2008/963/CE).

-Ordre EHA/1420/2009, de 22 de maig, per la qual es modifica la llista d'entitats contractants que figuren en la disposició addicional segona de la Llei 31/2007, de 30 d'octubre, sobre procediments de contractació en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals.

-Resolució de 17 de febrer de 2009, de la Secretaria d'Estat de Cooperació Territorial, per la qual es determinen els requisits de justificació de l'obligació del

pagament efectiu de les obres finançades amb càrrec al Fons estatal d'inversió local, segons el que disposa el Reial decret llei 9/2008, de 28 de novembre, pel qual es creen un Fons estatal d'inversió local i un Fons de l'Estat per a la dinamització de l'economia i l'ocupació i s'aproven crèdits extraordinaris per atendre el seu finançament.

-Resolució de 6 d'abril de 2009, de la Presidència del Tribunal de Comptes, per la qual es fa públic l'Acord del Ple de 26 de març de 2009, que aprova la Instrucció general relativa a la remissió al Tribunal de Comptes, dels extractes dels expedients de contractació i de les relacions de contractes i convenis subscrits per les entitats del sector públic estatal i autonòmic.

-Reial decret 817/2009, de 8 de maig, pel qual es desplega parcialment la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic.

-Ordre EHA/1420/2009, de 22 de maig, per la qual es modifica la llista d'entitats contractants que figuren en la disposició addicional segona de la Llei 31/2007, de 30 d'octubre, sobre procediments de contractació en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals.

-Directiva 2009/81/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 13 de juliol de 2009, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació de determinats contractes d'obres, de subministrament i de serveis per les entitats o poders adjudicadors en els àmbits de la defensa i la seguretat, i per la qual es modifiquen les Directives 2004/17/CE i 2004/18/CE.

-Reial decret llei 13/2009, de 26 d'octubre, pel qual es crea el Fons estatal per a l'ocupació i la sostenibilitat local.

-Reglament (CE) núm. 1177/2009 de la Comissió, de data 30 de novembre de 2009, pel qual es modifiquen, entre d'altres, les directives 2004/18/CE i 2004/17/CE del Parlament Europeu i del Consell, pel que fa als llindars d'aplicació en els procediments d'adjudicació dels contractes.

-Ordre EHA/3497/2009, de 23 de desembre, per la qual es fan públics els límits dels diferents tipus de contractes de la contractació administrativa, a partir de l'1 de gener de 2010.

-Reial decret 3/2010, de 8 de gener, pel qual es regula l'Esquema nacional de seguretat en l'àmbit de l'administració electrònica.

-Reial decret 4/2010, de 8 de gener, pel qual es regula l'Esquema nacional d'interoperabilitat en l'àmbit de l'administració electrònica.

-Decret foral 92/2009, de 28 de desembre, pel qual s'actualitzen els llindars comunitaris de la Llei foral 6/2006, de 9 de juny, de contractes públics.

-Reial decret 337/2010, de 19 de març, pel qual es modifiquen el Reial decret 39/1997, de 17 de gener, pel qual s'aprova el Reglament dels serveis de

prevenció; el Reial decret 1109/2007, de 24 d'agost, pel qual es desplega la Llei 32/2006, de 18 d'octubre, reguladora de la subcontractació en el sector de la construcció, i el Reial decret 1627/1997, de 24 d'octubre, pel qual s'estableixen disposicions mínimes de seguretat i salut en obres de construcció.

-Reial decret llei 5/2010, de 31 de març, pel qual s'amplia la vigència de determinades mesures econòmiques de caràcter temporal.

-Reial decret llei 6/2010, de 9 d'abril, de mesures per a l'impuls de la recuperació econòmica i l'ocupació.

-Reial decret llei 8/2010, de 20 de maig, pel qual s'adopten mesures extraordinàries per a la reducció del dèficit públic.

-Ordre EHA/1490/2010, de 28 de maig, per la qual es regula el funcionament del Registre oficial de licitadors i empreses classificades de l'Estat.

-Llei 14/2010, de 5 de juliol, sobre les infraestructures i els serveis d'informació geogràfica a Espanya.

-Llei 15/2010, de 5 de juliol, de modificació de la Llei 3/2004, de 29 de desembre, per la qual s'estableixen mesures de lluita contra la morositat en les operacions comercials.

-Llei 34/2010, de 5 d'agost, de modificació de les lleis 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, 31/2007, de 30 d'octubre, sobre procediments de contractació en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals, i 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa per a l'adaptació a la normativa comunitària de les dues primeres.

-Ordre EHA/2237/2010, de 10 d'agost, per la qual es convoca la provisió de places de president i vocals del Tribunal administratiu central de recursos contractuals.

-Llei 2/2011, de 4 de març, d'economia sostenible.

-Llei 24/2011, de 1 d'agost, de contractes del sector públic en defensa i seguretat.

Totes aquestes disposicions són una mostra de l'autèntic «devesall normatiu», de manera que l'aprovació de totes aquestes normes ha ocasionat una complexitat creixent de la normativa sobre contractació pública.

En aquest punt, s'ha de cridar l'atenció sobre l'extensió cada cop més gran del dret comunitari de la contractació pública que, sobretot, gràcies a l'avançada jurisprudència del Tribunal Europeu de Justícia, conquereix progressivament més parcel·les en el seu afany de poder sotmetre a principis i regles comuns tots els contractes públics. Així, de la tradicional preocupació per les fases preparatòries i d'adjudicació del contracte, ha passat a tenir en compte la provisió de condicions especials d'execució del contracte, a imposar obligacions sobre el

pagament als contractistes i als subcontractistes, tal com recull la Directiva 2000/35/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 29 de juny de 2000, per la qual s'estableixen mesures de lluita contra la morositat en les operacions comercials, incorporada al dret espanyol per la Llei 3/2004, de 29 de desembre, i reformada recentment per la Llei 15/2010, de 5 de juliol; sobre la durada dels contractes, el règim de les pròrrogues i sobre les modificacions del contracte –per limitar-ne l'ús– (com ha recollit, en part, l'article 202 de l'LCSP).

Cal tenir en compte, també, que la Comissió ha fet públic l'anunci de modificació de les vigents Directives sobre contractes públics, a fi de simplificar el sistema regulador del procediment d'adjudicació dels contractes, potenciar i afavorir l'aplicació de la contractació electrònica, així com corregir-ne alguns aspectes puntuals, indicant-hi que, per això, s'haurien de tenir en compte les iniciatives de les diferents delegacions que integren el Comitè Consultiu per als contractes públics, que ha de ser substituït per un grup d'experts.

Segons s'assenyala en el «Llibre verd sobre la modernització de la política de contractació pública de la Unió Europea», tenint en compte el paper fonamental que exerceix la contractació pública per fer front als reptes de l'actualitat, cal modernitzar les eines i els mètodes actuals a fi de fer-los més adequats per respondre a l'evolució del context públic, social i econòmic. En aquest sentit, la modernització de la política de contractació pública passa per incrementar l'eficiència de la despesa pública associada a les compres públiques, per posar-la al servei del desenvolupament de les polítiques públiques i assegurar la integritat dels procediments.

Un cop fetes aquestes consideracions generals, ara és moment d'abordar, en aquest breu espai de temps, algunes de les qüestions que han estat objecte de regulació en les diverses normes de contractació, aquestes són les següents:

1. L'àmbit subjectiu d'aplicació del TRLCSP, un dels aspectes més decisius de tota la legislació de contractes.
2. Els contractes *in house providing*.
3. El nou sistema de recursos en matèria de contractes públics.

2. L'àmbit subjectiu d'aplicació del TRLCSP

Amb el propòsit de fer realitat les llibertats bàsiques del sistema comunitari: llibertat de circulació de mercaderies, llibertat d'establiment i lliure prestació de serveis es va iniciar, en els anys setanta, una important activitat legislativa, que ha prosseguit -i es va plasmar en un ampli i rellevant ventall de Directives

(70/32/CEE, 89/440/CEE, 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE, 93/38/CEE), que prestaven singular atenció a l'«àmbit subjectiu» dels contractes públics i, en especial, als anomenats «poders adjudicadors», terme amb el qual s'al·ludeix al que nosaltres coneixem com a entitats o administracions contractants- fins avui, amb la Directiva 2004/18/CEE [art. 1.9], que s'ha limitat a reproduir-les amb lleugeríssimes variants i a afegir-se com a poder adjudicador a les «centrals de compra», paper que poden representar les diputacions provincials.

Amb caràcter general, la qüestió relativa a la regulació de l'àmbit subjectiu de la legislació de contractes és certament decisiva a l'hora de concloure si l'aplicació del dret comunitari de la contractació pública en el nostre Estat és correcta o no, sobretot quan les Corts i el Govern central, des de 1986 fins a l'actualitat, s'han esforçat a incorporar al nostre ordenament les obligacions comunitàries en matèria de contractes públics, però ho han fet d'una manera peculiar: s'ha integrat el dret comunitari en el si de la legislació administrativa. Així, en definir l'àmbit subjectiu, per exemple, la nostra Llei de contractes recull conceptes del dret comunitari (com efectivament fa), per la qual cosa l'Administració, o el jutge, en aplicar-la, no pot prescindir del seu significat en aquest ordenament. El principi de seguretat jurídica (art. 9.3 CE) aconsella que els conceptes jurídics s'interpretin unívocament.

Per això, no tindria sentit analitzar aïlladament la normativa de contractes. Les normes que defineixen l'àmbit subjectiu d'aplicació de les directives comunitàries de contractació públiques prevalen sobre els articles i tenen efecte directe, per la qual cosa es poden fer valer davant qualsevol tribunal nacional en cas de divergència (J.M. Gimeno Feliu, J.Ma. Baño León, J.A. Moreno Molina, B. Noguera de la Muela, F. Pleite Guadamillas).

En aquesta línia, una de les primeres preocupacions que va mostrar el ventall inicial de directives, i que avui confirmen les directives 2004/17/CEE i 2004/18/CEE, va ser unificar el seu àmbit subjectiu d'aplicació i, en especial, el concepte de *poder adjudicador*, terme que al·ludeix al que nosaltres coneixem com a entitats contractants i que centra la definició del concepte d'*organisme de dret públic*.

És conegut de tothom que la noció d'*organisme de dret públic* com a entitat adjudicadora exigeix la concurrència de tres requisits: *a)* «creat per satisfer específicament necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial ni mercantil; *b)* dotat de personalitat jurídica; i *c)* l'activitat del qual estigui majoritàriament finançada per l'Estat, els ens públics territorials o altres organismes de dret públic, o la gestió dels quals es trobi sotmesa a un control per part d'aquests últims, o l'òrgan d'Administració, de direcció o de vigilància dels quals

estiguin compostos per membres més de la meitat dels quals siguin nomenats per l'Estat, els ens públics territorials o altres organismes de dret públic» [art. 1.b.b)].

Criteris de la normativa comunitària que tenen relació amb els criteris que el legislador estatal de l'LCSP i l'actual TRLCSP de 2011 han utilitzat per a la delimitació del seu àmbit subjectiu d'aplicació, per la qual cosa les pautes interpretatives donades per la jurisprudència del Tribunal de Justícia representen pautes clarificadores per a comprendre l'intricat àmbit subjectiu d'aplicació dibuixat per la Llei 30/2007 que, com ja indicàvem, s'erigeix com a norma bàsica i general, de capçalera, que gaudeix d'un augment del valor normatiu en el sistema formal de fonts, per la seva ineludible connexió amb els objectius del Tractat de la Unió Europea amb relació als criteris que van establir-s'hi sobre la contractació i els seus principis inspiradors.

Per tant, cal ressaltar, com el Tribunal de Luxemburg ha reiterat diverses vegades, que el concepte de *poder adjudicador*, d'*organisme de dret públic*, ha de rebre una interpretació funcional; per tant, superadora d'embolcalls merament formals, ja que el que es busca és la finalitat pragmàtica perquè les directives es compleixin, amb independència de la forma i de com actuï en l'organització concreta de cada Estat membre.

Les aportacions del TJUE en matèria de contractes públics són, sens dubte, de capital importància; de manera que en diverses sentències dilucida els criteris que defineixen el concepte *organisme de dret públic* (sentències de 15 de gener de 1998 (Assumpte C-44/96, *Mannesmann*); de 10 de novembre de 1998 (Assumpte C-360/96, *ARA*); de 17 de desembre de 1998 (*Irish Forestry Board*); de 20 de setembre de 1998 (cas *Beentjes*), d'1 de febrer de 2001; de 27 de febrer de 2003 (*Adolf Truley*), com destaquen la Sentència del TJUE, de 15 de maig de 2003, *Comissió/Espanya* C-214/00, i la Sentència de 16 d'octubre de 2003 (*SI-EPISA*). Així, parafrasejant el Tribunal de Justícia en la primera de les sentències esmentades, resulta destacable que «*les directives no fan cap esment al règim públic o privat, d'acord amb el qual s'han constituït els organismes de dret públic ni a la forma jurídica adoptada*», «*aquest concepte (...) engloba les societats mercantils sota control públic...*, sense que la forma jurídica de les entitats de què es tracti tingui rellevància». (STJCE 15 de maig de 2003, FJ 31). En aquesta línia, el Tribunal va entendre que la societat anònima ARA, creada pels municipis Arnhem i Rheden per a la recollida de residus, era poder adjudicador.

Aquestes consideracions confirmen, un cop més, la postura clara i determinant que manté el TJUE de qualificar com a *organisme de dret públic* diferents entitats de dret privat que reuneixen cumulativament els tres requisits enunciats

en l'article 1, lletra *b*) paràgraf segon de les directives 92/50, 93/36 i 93/37, que estima que la forma de constitució és indiferent a aquest respecte (STJCE 15 de maig de 2003, FJ 54). Afegint-hi que «... *l'estatut de dret privat no constitueix un criteri que pugui excloure la seva qualificació com a entitat adjudicadora en el sentit de l'art. 1 lletra b) de les directives 92/50, 93/36 i 93/37 i, per tant, de l'art. 1, apartat 1 de la Directiva 89/665*» (FJ 55).

En conclusió, per al dret i la jurisprudència comunitaris, el concepte de poder adjudicador engloba: «L'Estat, els ens territorials, els organismes de dret públic i les associacions constituïdes per un o més dels ens o organismes esmenats de dret públic».

Així mateix, dins de la noció d'*organisme de dret públic*, s'inclouen totes les persones jurídiques de dret públic o de dret privat que responguin a unes certes característiques que venen definides en l'article 1.*b*) de les directives. De manera que l'existència d'una definició d'*organisme de dret públic* centra la qüestió en la seva interpretació, i no en la inclusió d'un organisme concret en les llistes contingudes en els corresponents annexos de les directives; «llistes que no són exhaustives, tot i que pretenen ser el més completes possibles» (STJCE de 10 de novembre de 1998, *Bfi holding*), incloent-t'hi també, en el concepte *organisme de dret públic*, societats de dret privat (SSTJUE de 15 de maig i 16 d'octubre de 2003), llistes que han estat actualitzades per decisió de la Comissió de 9 de desembre de 2008.

En definitiva, ja que les directives comunitàries de contractació pública han elaborat una noció funcional d'ens públic, i l'àmbit subjectiu d'aplicació de la normativa de contractes (LCSP, TRLCSP) s'ha fet amb els fonaments del dret comunitari, resulta obligat interpretar-los d'acord amb aquest dret i les pautes interpretatives donades per la jurisprudència del Tribunal de Justícia. Ara bé, volem fer notar que de la lletra de l'article 3 del TRLCSP sorgeixen dubtes de caràcter interpretatiu que es poden resoldre des d'una perspectiva finalista.

Si ens aturem en l'article 3 del TRLCSP, com també recollia l'LCSP (art. 3), una primera lectura ens permet afirmar que continuem davant d'una transposició barroca (J.M. Gimeno Feliu), confusa i peculiar (J.A. Moreno Molina), on es dibuixen tres cercles concèntrics i s'uneix, aquesta Llei, al criteri de les lleis de contractes precedents, així com a lleis de procediment i de la jurisdicció contenciosa administrativa en expressar «el que, a llurs efectes», s'entén que tenen en aquesta ocasió la consideració de sector públic, d'administracions públiques i de poder adjudicador. Sense utilitzar, per tant, cap categoria que coincideixi ni amb el dret comunitari, ni tampoc amb el dret administratiu espanyol (pensem, per exemple, en les entitats públiques empresarials i els seus equivalents a escala

autonòmica i local, que per a l'LCSP no són APS) en referència a: 1) poders adjudicadors que tenen la consideració d'administracions públiques (art. 3.2 TRLCSP); 2) poders adjudicadors que no tenen el caràcter d'administracions públiques (art. 3.3. TRLCSP); i 3) la resta d'ens del sector públic (art. 3.1 TRLCSP) on encaixen els supòsits no inclosos en les dues categories precedents. Aquesta sistemàtica és més complexa, ja que deriva del mateix fet d'establir diferents nivells d'aplicabilitat, en atenció a l'entitat contractant i al tipus de contracte.

La lletra de l'article 3 no s'ajusta a la definició de poder adjudicador que fa la Directiva 2004/18, que pretén transposar, en quedar ens exclosos de l'aplicació d'aquesta normativa, ja que si no estan esmentats en l'article 3 del TRLCSP no hi estan inclosos, segons es dedueix de la dicció literal de l'article 2.1 TRLCSP. Seria el cas d'empreses públiques i fundacions no participades majoritàriament, excloses aparentment de l'aplicació de la Llei, que podrien tenir la consideració de poder adjudicador.

Ja centrant la nostra atenció en l'article 3, paràgraf 3, podem assenyalar tres nivells per determinar si un ens és *poder adjudicador* o no.

2.1. Poder adjudicador – Administració pública

Entre els *poders adjudicadors*, n'hi ha que, al mateix temps, *tenen la condició d'Administració pública*; el TRLCSP fa coincidir també, com ho feia la seva predecessora, el concepte d'Administració pública amb el que l'LGP denomina «sector públic administratiu», i són els següents:

2.1.1. Les administracions territorials, això és, Administració General de l'Estat, l'Administració de les comunitats autònomes i les entitats que integren l'Administració local. Per exemple, i pel que fa a l'Administració local: municipis, províncies, si s'escau, illes, comarques, i entitats inferiors: mancomunitats de municipis, àrees metropolitanes [arts. 3.1.a) i 3.2.a) TRLCSP].

2.1.2. Les entitats gestores i serveis comuns de la Seguretat Social; que són organismes autònoms que presenten singularitats [art. 3.1.b) TRLCSP].

2.1.3. Els organismes autònoms (OA) [arts. 3.1.d) i 3.2.b) TRLCSP], tant de l'Administració de l'Estat, com de les administracions autonòmiques i locals, amb independència que tinguin caràcter administratiu, o caràcter comercial, industrial, financer o anàleg, havent de tenir present que avui, en l'àmbit local, es dona una única figura «OA locals» per mor de la Llei de mesures de modernització del Govern local de 2003. Tot i que aquesta regla es matisa en l'article 4.1.g), que exceptua del seu àmbit d'aplicació, els contractes de subministra-

ment relatiu a activitats directes dels organismes de dret públic dependents de les administracions públiques, l'activitat dels quals tingui caràcter comercial, industrial, financer o anàleg, si els béns sobre els quals versen han estat adquirits amb el propòsit de retornar-los, amb transformació o sense, al tràfic jurídic patrimonial, d'acord amb les seves finalitats peculiars, sempre que aquells organismes actuïn en exercici de competències específiques que els són atribuïdes per la llei.

2.1.4. Les universitats públiques [arts. 3.1.c) i 3.2.c) TRLCSP].

2.1.5. Les entitats de dret públic que, amb independència funcional o amb una especial autonomia reconeguda per la llei, tinguin atribuïdes funcions de regulació o control de caràcter extern sobre un determinat sector o activitat [art. 3.2.d) TRLCSP]. Això és, Comissió Nacional del Mercat de Valors, del Mercat de Telecomunicacions, Comissió Nacional de l'Energia, de la Competència, del Sector Postal, Consell de Seguretat Nuclear i Agència de Protecció de Dades (David Blanquer).

2.1.6. Les entitats de dret públic (en endavant, EDP) vinculades a una o diverses administracions públiques, o dependents d'aquestes, que compleixin alguna de les característiques següents:

1a - que l'activitat principal no consisteixi en la producció, en règim de mercat, de béns i serveis destinats al consum individual o col·lectiu, o que efectuin operacions de redistribució de la renda i de la riquesa nacional, en tot cas sense ànim de lucre, o

2a - que no es financin majoritàriament amb ingressos, sigui quina sigui la seva naturalesa, obtinguts com a contrapartida al lliurament de béns o a la prestació de serveis [art. 3.2.e) TRLCSP].

No obstant això, continua l'article 3.2.e) *in fine* del TRLCSP dient: «no tenen la consideració d'administracions públiques les entitats públiques empresarials estatals i els organismes assimilats que depenen de les comunitats autònomes i entitats locals».

En aquest apartat, podrien encaixar també els consorcis i les agències públiques (art. 2 Llei 28/2006, de 18 de juliol, d'agències estatals) si compleixen algun d'aquests dos requisits, i se sotmetran al TRLCSP en tot cas, en fase de preparació i adjudicació, efectes i extinció i al marge de l'import del contracte. Igualment, podríem incloure-hi corporacions públiques de base privada, això és: col·legis professionals, cambres oficials, comunitats d'usuaris..., que reuneixen les condicions de finançament, control o direcció pública majoritària.

2.1.7. D'acord amb l'art. 3.2.f) del TRLCSP (abans de la disposició addicional tercera de l'LCSP) òrgans competents del Congrés dels Diputats, del Se-

nat, del Consell General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Comptes, del Defensor del Poble, de les assemblees legislatives de les comunitats autònomes, i de les institucions autonòmiques anàlogues al Tribunal de Comptes i al Defensor del Poble, quant a la seva activitat de contractació, s'assimilen a les administracions públiques.

2.1.8. Així mateix, les diputacions forals i les juntes generals dels territoris històrics del País Basc, segons disposa l'art. 3.2.a) (abans disposició addicional trenta-tresena LCSP) ajustaran la seva contractació a les previsions del *TRLCSP per a les administracions públiques*.

2.1.9. Finalment, també l'Administrador d'Infraestructures Ferroviàries (ADIF) tramitarà els expedients de contractació relatius a la construcció o modificació de les infraestructures ferroviàries i serà competent per a seleccionar el contractista a qui s'encomani l'execució del contracte, ajustant la seva activitat a les normes establertes *per a les administracions públiques* en el *TRLCSP* (art. 22.3b) i la Llei 39/2003, de 17 de novembre, del sector ferroviari, en la redacció donada per la disposició final 5 LCSP).

2.2. Poder adjudicador – no Administració pública

D'altra banda, podem assenyalar un segon nivell d'aplicabilitat del *TRLCSP* per als *poders adjudicadors que no són administracions públiques*, que estaria integrat per:

2.2.1. Tots els ens, organismes o entitats amb personalitat jurídica pròpia *no considerats administracions públiques pel TRLCSP*, quan hagin estat creats específicament per a satisfer necessitats d'interès general, que no tinguin caràcter industrial o mercantil, sempre que un o més subjectes que s'hagin de considerar poder adjudicador, d'acord amb els criteris d'aquest apartat 3, financin majoritàriament la seva activitat, controlin la seva gestió, o nomenin a més de la meitat dels membres del seu òrgan d'administració, direcció o vigilància [art. 3.3.b)].

Aquí podríem incloure, en conseqüència, els ens següents:

- a) Les EDP que no reuneixin els requisits previstos en l'article 3.2 per tal de ser considerades administracions públiques.
- b) LLes entitats públiques empresarials (EPES) de l'Administració general de l'Estat i llurs homònims en l'Administració autonòmica i local; les assimilades a aquestes per la disposició addicional vint-i-dosena del *TRLCSP*: SEPI, Ports de l'Estat i Autoritats Portuàries (abans DA 25 LCSP incloïa l'ICEX).

- c) LLes societats mercantils del sector públic [art. 166.1.c) i d) de la Llei 33/2003, de 3 de novembre, de patrimoni de les administracions públiques], estatals, autonòmiques o locals participades, directament o indirecta, en més del 50% del seu capital social per determinats ens del sector públic.
- d) LLes fundacions del sector públic, constituïdes amb una aportació majoritària, directa o indirecta, d'una o més entitats integrades en el sector públic, o per tenir el seu patrimoni fundacional format, en més d'un 50% i amb un caràcter de permanència, per béns o drets aportats o cedits per aquelles entitats, quan hagin estat creades per satisfer específicament necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil.
- e) LLes associacions constituïdes per ens, organismes i entitats que tinguin la condició de poder adjudicador. Aquí entraria la Federació Espanyola de Municipis i Províncies (J. Ma. Gimeno Feliu, D. Blanquer).
- f) LTambé tindran la consideració de «poder adjudicador» les empreses públiques que siguin «mitjà propi» [art. 4.1.n) TRLCSP], havent de tenir present que pel mer fet de ser empresa pública, no s'és «mitjà propi» si no es compleixen els dos requisits que exigeix el TJUE, cas *Teckal* (J. Ma Gimeno, E. Montoya, M. A. Bernal, Sosa Wagner i M. Fuertes, J. González i Noguera), i als que en pàgines següents ens referirem, atesa la gran repercussió pràctica i polèmica d'aquest tema.

2.3. *Resta d'ens del sector públic que no siguin AP ni poder adjudicador*

En tercer terme, trobem un últim nivell, el de la *resta d'ens del sector públic* que, estant enumerats a l'article 3.1 del TRLCSP, no siguin administracions públiques ni poder adjudicador. Seria el supòsit de societats mercantils en mans públiques (capital social públic superior al 50%) que hagin estat creades per a satisfer necessitats de caràcter industrial o mercantil exclusivament.

Per últim, recordar que el TRLCSP s'aplica també –quan l'import del contracte és de llindar comunitari– als contractes públics d'ens que no són poder adjudicador ni sector públic i als quals per imperatiu de la Llei (art. 17 i 250) estén la seva aplicació: contractes subvencionats i concessionaris, ja que els uneix un finançament públic.

Vist, per tant, l'elenc d'ens i la seva possible classificació, s'adverteix que incloure'ls en una o altra categoria no és una qüestió fútil, ja que la Llei no s'aplica en tota la seva densitat per igual. Aturem-nos, a continuació, en cadascun dels

nivells de subjecció que el TRLCSP estableix, en la mateixa línia que feia l'LCSP de 2007, tenint en compte, a més, criteris d'ordre objectiu (contractes administratius, privats, harmonitzats, no harmonitzats), que llancen en definitiva, diversos règims jurídics, que se superposen uns amb els altres i que suposen més complexitat.

Pel que fa als *ens que s'inclouen en el concepte d'Administració pública*, s'aplica el TRLCSP en la seva integritat. Si bé cal fer una puntualització: atès que només són *contractes administratius* els subscrits per una Administració pública (art. 20.1 LCSP), el legislador del TRLCSP manté la distinció tradicional entre contractes privats i administratius. Així, en principi, únicament als que encaixen en el concepte d'Administració pública és aplicable el llibre IV de l'LCSP sobre efectes, compliment i extinció dels contractes administratius, havent-hi, però, certs canvis amb la Llei d'economia sostenible (disposició final 16.12 LES). Concretament, pel que fa a la «modificació dels contractes» (abans a l'art. 202 LCSP i, per tant, en el llibre IV), avui recollida al títol V del llibre I. Per tant, les noves regles de la modificació dels contractes es projecten sobre tots els contractes del sector públic (o fins i tot privats), i així la referida regulació és d'aplicació als contractes formalitzats per entitats subjectes a l'LCSP i no solament a les administracions públiques, com succeïa abans.

Quant a la distinció entre contractes *subjectes a regulació harmonitzada o no* amb relació als contractes administratius que formalitzin les administracions públiques, es constata que aquesta distinció gairebé no té rellevància, que es tradueix en la diferent exigència de publicitat en el DOUE (arts. 141 i 142 TRLCSP).

Pel que fa als *contractes privats* subscrits per les administracions públiques (arts. 20 i 21 TRLCSP) són: els que tinguin per objecte serveis compresos en la categoria 6 de l'annex II (serveis financers: bancaris, d'inversions i d'assegurances), la creació i interpretació artística i literària o espectacles compresos en la categoria 26 del mateix annex (serveis d'esbarjo, culturals i esportius), i la subscripció a revistes, publicacions periòdiques, i bases de dades, així com «qualssevol altres contractes diferents dels previstos a l'apartat 1 de l'article anterior», això és, els contractes administratius.

Com succeïa amb les normes de contractació precedents a l'LCSP i també al TRLCSP, els contractes privats formalitzats per les administracions públiques es regeixen, pel que fa a les fases de preparació i adjudicació (actes separables), pel dret administratiu; ara bé, el text actual de la Llei de contractes introdueix un matís. El TRLCSP, d'acord amb el seu article 21, estableix, a parer nostre, encertadament, que el control dels actes separables dels contractes privats per la juris-

dicció contenciosa administrativa s'estendrà no sols als dels que subscriuen les administracions públiques, sinó també als contractes subjectes a regulació harmonitzada (contractes que assoleixen determinat llinard i l'entitat contractant és un «poder adjudicador») que subscriuguin ens, organismes o entitats que, sense ser Administració, siguin poders adjudicadors, fins i tot en el supòsit dels contractes subvencionats (art. 17 TRLCSP), com també els contractes de serveis de les categories 17 a 27, annex II, el valor estimat dels quals sigui igual o superior a 193.000 euros, segons ha disposat la Llei 34/2010, de 5 d'agost, de modificació de l'LCSP, LSE i LJCA. També coneix dels recursos interposats contra les resolucions que dictin els òrgans de resolució de recursos que preveu l'art. 41 TRLCSP. És a dir, dels recursos contenciosos administratius que s'interposin contra la resolució del recurs especial en matèria de contractació (art. 40 TRLCSP) que resoldrà l'òrgan administratiu competent, que en l'àmbit de l'Administració general de l'Estat és el Tribunal administratiu central de recursos contractuals, i en les comunitats autònomes serà l'òrgan unipersonal o col·legiat establert per les seves normes respectives.

En canvi, l'apartat 2 de l'article 21 LCSP preceptua, primerament, que «l'ordre jurisdiccional civil és el competent per resoldre les controvèrsies que sorgeixin entre les parts en relació amb els efectes, compliment i extinció dels contractes privats». Tal com es deduïa de l'article 9.3 TRLCAP en el seu primer incís. Tot i que després s'afegeix un segon paràgraf que plasma la fugida de la jurisdicció contenciosa administrativa, quan s'estableix que l'ordre jurisdiccional civil serà el competent «per conèixer de totes les qüestions litigioses que afectin la preparació i adjudicació dels contractes privats que subscriuguin els ens i les entitats sotmesos a aquesta Llei i que no tinguin el caràcter d'Administració pública, sempre que aquests contractes no estiguin subjectes a regulació harmonitzada» (article 21.2 de TRLCDP). Es ressuscita, per tant, la dualitat jurisdiccional quan l'encertat hagués estat mantenir la teoria dels actes separables, residenciant en la jurisdicció contenciosa administrativa el coneixement dels litigis que es plantejen en les fases de preparació i adjudicació dels contractes, al marge de la naturalesa pública o privada de l'ens contractant. Ja que no oblidem que en aplicació de l'LCSP els actes de preparació i adjudicació de contractes d'una entitat pública empresarial es residenciaran en la jurisdicció civil. És que han deixat de ser actes administratius?

Així mateix, hem d'afegir el que ja preveia l'art. 260 el Text refós de la llei de contractes de les administracions públiques de 2001, i que avui recull l'art. 21.3 del TRLCSP de 2011, quan disposa que: *«El coneixement de les qüestions litigioses que se suscitin per aplicació dels preceptes continguts a la secció 4a del capítol II del*

títol II del llibre IV d'aquesta Llei—és a dir, amb relació al «finançament privat del contracte de concessió d'obra pública»— *és competència de l'ordre jurisdiccional civil, excepte per a les actuacions en exercici de les obligacions i potestats administratives que, d'acord amb el que disposen els preceptes esmentats, s'atribueixen a l'Administració concedent, i en les quals és competent l'ordre jurisdiccional contenciós administratiu*». A la qual cosa hem d'afegir per a major sorpresa, que avui, després de les reformes introduïdes per la Llei d'economia sostenible, de 21 de març de 2011 (nou art. 11 TRLCSP), les EPES, o organisme assimilat de les comunitats autònomes, també podran subscriure contractes de col·laboració publicoprivada i, en aquest cas, seguiran essent aquests, ara, contractes administratius? o seran privats, en aquell cas?

Pel que fa als *poders adjudicadors que no siguin Administració pública*, l'aplicabilitat del TRLCSP és parcial. En aquest nivell cobra especial rellevància la distinció entre *contractes harmonitzats i no harmonitzats*; així els primers estan determinats per: 1r) El seu objecte, segons disposa l'article 13, són harmonitzats els contractes CPP en tot cas (o sigui, al marge de la quantia), els contractes d'obres, de concessió d'obres públiques, de subministraments i serveis; 2n) Que superin els llindars previstos per a cada tipus de contracte per l'article 14; i 3r) Que l'entitat contractant sigui un *poder adjudicador*.

Així, a títol d'exemple, una EPE o una societat mercantil que reuneixi les característiques del concepte comunitari «organisme de dret públic» i que subscriu un *contracte subjecte a regulació harmonitzada*, es regeix per unes regles de contractació properes a les de les administracions públiques, pel que fa a la preparació i adjudicació d'aquests contractes harmonitzats, (subjectes a la Directiva 2004/18/CE), això és, als articles 27, 104, 105, 173 i 174 LCSP.

Al contrari, si formalitzen *contractes no subjectes a regulació harmonitzada*, s'assimilaran al procediment de contractació de «la resta d'ens del sector públic» això és, un nivell d'aplicabilitat mínim de l'LCSP, que no aplicant procediments reglats de licitació, els quals són substituïts per l'aplicació dels principis meritats (publicitat, concurrència, transparència, confidencialitat, igualtat, no discriminació) i es remet a unes «instruccions d'obligat compliment» (art. 191 TRLCSP). Però, a més a més, per expressa previsió de l'article 21.2, segon incís, l'ordre jurisdiccional civil serà el competent per a conèixer del que afecti la preparació i adjudicació dels contractes privats d'aquests ens sotmesos a la Llei, però no AP, sempre que, repeteixo, siguin contractes no subjectes a regulació harmonitzada.

Efectivament, hem de cridar l'atenció aquí com el joc combinat ens contractant-tipus de contracte de què es tracti, llança també en la seva adjudicació unes conseqüències diferents. D'aquí que estiguin obligats a elaborar i aprovar «ins-

truccions internes» per a desenvolupar el procediment d'adjudicació dels seus contractes no subjectes a regulació harmonitzada els poders adjudicadors-no Administració pública, per tant, *ad exemplum*, les EPES, les societats mercantils en mans públiques que encaixin en el concepte d'organisme de dret públic, així com per a tot tipus de contractes, els ens del sector públic que no es considerin poders adjudicadors. Instruccions que s'han de posar a disposició de tots els interessats a participar en els procediments d'adjudicació dels contractes a què es refereixin, s'han de publicar en el perfil del contractant de l'entitat i que la immensa majoria dels ens obligats a elaborar-les les aprovin amb rapidesa, atès que a través d'elles s'obre la porta a la fuga dels principis generals de la contractació pública.

En tercer lloc, si es tracta de la «*resta d'ens del sector públic*», s'observaran les normes recollides en el llibre I, i no totes. Per exemple, no s'aplicaran els articles 31 a 39 sobre règim d'invalidesa; els articles 40 i 41 sobre recurs especial en matèria de contractes i mesures provisionals; els articles 65 a 71 sobre classificació d'empreses; etc. S'aplicarà la directriu d'adjudicació en l'oferta econòmicament més avantatjosa (art. 192 TRLCSP). Aquí podríem encaixar les Mútues d'Accidents de Treball (que, en opinió del Ministeri de Treball, són «poder adjudicador», la qual cosa no compartim), que són un exemple d'auto-administració, perquè una associació actua per delegació a l'hora de prestar funcions públiques.

En suma, les diferències de règim jurídic entre uns casos i altres són molt acusades, cosa que demostra un abandonament de la categoria del contracte administratiu com a referent d'aquesta regulació.

3. Els contractes *in house providing*

Una altra qüestió d'especial interès són els *contractes in house providing*, referents a l'encàrrec, per part de les administracions territorials, com a entitats adjudicatores, de prestacions típicament contractuals als seus ens instrumentals personificats («mitjans propis») sense aplicació de la normativa de contractació pública.

El contorn de les relacions *in house* s'ha anat perfilant a través dels pronunciaments jurisprudencials comunitaris. La Comissió Europea va advertir per primer cop, a finals dels noranta, en la Comunicació «La contractació pública en la Unió Europea», la necessitat de determinar el règim jurídic aplicable a aquesta classe de relacions, preocupació que ha estat reiterada amb posterioritat

en el «Llibre Verd sobre la col·laboració publicoprivada i el dret comunitari en matèria de contractació pública i concessions».

Així, tal com indica J. M. Gimeno Feliu, ens trobem davant d'un sistema d'autoprovisió, en el qual és l'Administració, a través de l'entitat que neix de la seva decisió organitzativa, la que presta per si mateixa aquest servei determinat. Si bé, en qualsevol cas, admetent la possibilitat que certes adjudicacions escapin a l'aplicació de la normativa pública de contractes, aquesta excepció només té cabuda –com bé assenyalarem– si es compleixen certes condicions, havent d'abordar, en tot cas, aquesta temàtica des del prisma del dret comunitari.

De sempre, les administracions públiques han disposat de societats i altres instruments personificats al seu servei. Però avui, el recurs a aquests s'observa des d'un nou prisma, el dret de la competència, la qual cosa ens porta a preguntar-nos si cal seguir considerant que les administracions públiques continuïn disposant dels ens instrumentals, sense més, o s'han de sotmetre a aquell dret. Plantejament al qual se suma la recent jurisprudència comunitària al voltant dels contractes *in house*, i la regulació que es preveu en l'actual legislació de contractes, en els articles 4.1.n) i 24.6, i cal tenir present, també, el que disposen a aquest respecte les directives 2004/18 i 2004/17.

Per tant, el recurs a aquesta tècnica és vàlid, sempre que es respecti la jurisprudència del TJUE sobre la matèria, el qual ja va declarar en la Sentència de 10 de novembre de 1998 (BFI) que per aplicar la normativa comunitària sobre contractació pública és suficient, en principi, que el contracte hagi estat formalitzat entre, d'una banda, un ens territorial i, de l'altra, una persona jurídica diferent d'aquest, de manera que *«només pot ser d'una altra manera en el supòsit que, alhora, l'ens territorial exerceixi sobre la persona de què es tracti un control anàleg al que exerceix sobre els seus serveis i aquesta persona realitzi la part essencial de la seva activitat amb l'ens o els ens a què pertany»*. Requisits, els assenyalats, que es mantenen en jurisprudència posterior, i que s'han anat precisant en successives sentències. Del camí traçat, creiem necessari ressaltar les notes més destacades següents:

En tot cas, en primer terme, la consideració de «mitjà propi» ha de ser examinada i aplicada des d'una perspectiva d'un marcat caràcter *restrictiu*, com adverteix la STJUE d'11 de maig de 2006 (*Carbotermo*). La càrrega de la prova del fet que realment es donen unes circumstàncies especials que justifiquin l'excepció en l'aplicació de la normativa de contractació correspon a qui se'n vol beneficiar.

A més, tal com va indicar la STJUE de 18 de novembre de 1999 (C-107/98, *Teckal*), sentència que resol el recurs interposat per la societat Teckal contra l'ad-

judicació directa de la gestió del servei de subministrament de combustibles a edificis municipals, realitzada per l'Ajuntament de Viano (República d'Itàlia) a una mancomunitat de municipis (AGAC), entre ells, el de Viano, per a la gestió dels serveis d'energia i medi ambient, perquè la presumpció d'existència de contracte quedi desvirtuada «...al mateix temps, l'ens territorial» ha d'exercir «sobre la persona de què es tracti, un control anàleg al que exerceix sobre els seus propis serveis», i «aquesta persona» ha de realitzar «la part essencial de la seva activitat amb l'ens o els ens que el controlen». Requisits els aquí assenyalats: el del «control anàleg» i el del «vinde de destinació» de l'activitat de l'ens instrumental, que s'han de donar *cumulativament* (E. Montoya Martín, B. Noguera de la Muela, J.M.Gimeno Feliu, M.A. Bernal Blay).

Aturem-nos, per tant, de manera detallada, en la doctrina que al llarg d'aquests anys el Tribunal de Justícia Europeu ha anat conformant amb relació a cadascun d'aquests requisits.

3.1. Amb relació a l'exigència del «control anàleg» al dels seus serveis.

Respecte a aquest primer requisit, perquè es pugui donar un control anàleg al que s'exerceix sobre els seus mateixos serveis, l'Alt Tribunal Europeu *ha negat aquest control quan existeixi la participació (tot i que sigui minoritària) d'una empresa privada* en el capital d'una societat en la qual participa, així mateix, l'entitat adjudicadora de què es tracta (STJUE d'11 de gener de 2005, Assumpte C-26/03, *Stadt Halle*), ja que en un altre cas es menyscabaria l'efecte útil de la Directiva 92/50 (Assumpte C-29/04, *Comissió vs República d'Àustria*) i si després de realitzar l'encàrrec al mitjà propi es produeix una entrada en el seu capital de subjectes privats, s'haurà de negar l'existència del control anàleg (STJUE de 10 de novembre de 2005, Assumpte C-29/04, *Comissió vs República d'Àustria*). Doctrina que és corroborada per les SSTJUE de 8 d'abril de 2008, *Comissió vs República Italiana* i de 10 de setembre de 2009 (As. C-573/07 *Sea Srl. Commune di Ponte Nossia*), jurisprudència que ha fet seva la Proposta de Directiva del Parlament europeu i del Consell relativa a l'adjudicació de contractes de concessió de 2011, que a l'article 11 i 15, referent als «encàrrecs in *house providing*» assenyalen expressament, entre altres condicions, que per estar davant d'un mitjà propi, cal «que en la persona jurídica controlada no existeixi participació privada».

Si bé és destacable també que la condició que la societat sigui totalment pública no implica necessàriament que estem davant d'un mitjà de l'Administració, com posa de manifest la Sentència de 13 d'octubre de 2005 (Assumpte

C-458/03, *Parking Brixen*), que afirma: «(...) ha de resultar que l'entitat en qüestió està sotmesa a un control que permeti a l'autoritat pública influir en llurs decisions, (...) s'ha de tractar d'una possibilitat d'*influència determinant, tant sobre els objectius estratègics com sobre les decisions importants*». A més, el fet que el poder adjudicador posseeixi, per si sol o juntament amb d'altres poders públics, la totalitat del capital d'una societat adjudicatària tendeix a indicar, *sense ser un indicatiu decisiu*, que l'esmentat poder adjudicador exerceix sobre aquesta societat un control anàleg al que exerceix sobre els seus serveis. A més, si l'eventual influència en les decisions s'exerceix a través d'un intermediari, (per exemple, una societat *holding*), aquesta circumstància debilita l'eventual control exercit pel poder adjudicador sobre una societat anònima pel mer fet de participar en el seu capital (Sentència d'11 de maig de 2006, Assumpte C-340/04, *Carbotermo*).

Tot i que es pugui reconèixer com a indicatiu de l'existència d'un control anàleg, la dada de la participació íntegrament pública en el capital social, el TJUE en el cas *Carbotermo* afirma que «... *el control que el municipi de Busto Arsizio exerceix sobre aquestes dues societats no va més enllà de la capacitat d'acció que el dret de societats reconeix a la majoria dels socis, la qual cosa limita considerablement la seva capacitat per influir en les decisions d'ambdues*».

Malgrat aquesta puntualització, creiem d'interès exemplificar també la STJUE, de 19 d'abril de 2007 (As. C-295/05, *Asemfo vs. Tragsa*), que utilitza aquell mateix criteri, en prendre en consideració que el capital social pertany íntegrament a ens públics –Estat (99%) i comunitats autònomes (1%)– com a dada per entendre que es compleix el requisit del control anàleg, reproduint parcialment la Sentència *Carbotermo*, atès que omet l'expressió «sense ser un indicatiu decisiu», de manera que per al TJUE en el cas *Tragsa*, únicament n'hi hauria prou que hi concorregués l'indici del capital íntegrament públic (fins i tot en absència d'altres) per afirmar que hi ha aquell control anàleg. I a parer nostre, aquesta dada és insuficient per si sola per a sostenir que així s'està podent influir de forma determinant en l'ens instrumental.

En suma, aquell «control anàleg» tindrà lloc quan l'ens instrumental no tingui, efectivament, autonomia des del punt de vista decisorí respecte de l'Administració encomanant, no havent-hi, en aquests casos, veritable autonomia contractual. D'aquí que el Tribunal de Justícia de la Unió Europea admeti, en la Sentència de 13 de novembre de 2008 (As. C-325/07, *Coditel Brabant*), que diverses entitats puguin exercir un control anàleg sobre un mateix ens, no essent indispensable que el *control* sigui individual, podent exercir-la *de forma conjunta*. S'afegeix, en la recent Sentència de 10 de setembre de 2009 (As. C-573/07, *Sea Srl i Commune di Ponte Nossà*), que

«el control exercit per les entitats accionistes sobre l'esmentada societat és anàleg al que exerceixen sobre els seus serveis (...) quan:

- L'activitat d'aquesta societat es limita al territori de les esmentades entitats i es realitza essencialment en benefici d'aquestes, i*
- quan, a través dels òrgans estatutaris integrats per representants de les esmentades entitats, aquestes exerceixen una influència determinant tant sobre els objectius estratègics com sobre les decisions importants de l'esmentada societat»;*

indicació aquesta última que es va remarcar en el cas *Parking Brixen*, i que permetia a les entitats accionistes públiques complir plenament, i en tot moment, els seus objectius d'interès públic dins d'aquella societat, sense necessitat de la potestat d'impartir instruccions.

3.2. El criteri del «vincl de destinació» de l'ens instrumental

Pel que fa al segon requisit que s'exigeix per admetre l'existència de *in house providing*, realitzar la part essencial de la seva activitat amb l'ens o els ens que la controlen, cal assenyalar que el seu abast, fonamentalment, ha quedat establert en la Sentència d'11 de maig de 2006, (Assumpte C-340/04, *Carbotermo*), en afirmar-se: « ... només queda considerar que l'empresa de què es tracta realitza l'essencial de la seva activitat amb l'ens territorial que la controla, *quan l'activitat de l'esmentada empresa està destinada, principalment, a l'esmentat ens territorial*, de manera que la resta de la seva activitat té un caràcter merament marginal (...). Per apreciar si hi concorre aquest supòsit, el jutge competent ha de prendre en consideració totes les circumstàncies del cas, tant les qualitatives com les quantitatives».

I afegeix, « (...) quan són diversos els ens territorials que controlen una empresa, el requisit relatiu a l'essencial de l'activitat d'aquesta es pot considerar satisfet si aquesta empresa realitza l'essencial de la seva activitat, *no necessàriament amb un o altre d'aquests ens territorials, sinó amb els esmentats ens territorials considerats en conjunt*».

Es destaca, així mateix que « (...) si una empresa realitza l'essencial de la seva activitat amb l'ens territorial que la controla, a efectes de pronunciar-se sobre l'aplicabilitat de la Directiva 93/36, és procedent tenir en consideració totes les activitats que aquesta empresa realitza, en virtut d'una adjudicació portada a terme pel poder adjudicador, i això amb independència de la qüestió de qui remunera aquesta activitat, ja sigui el poder adjudicador, ja l'usuari dels serveis prestats, essent irrellevant igualment el territori on s'exerceix aquesta activitat». (la cursiva és nostra)

Exigències totes elles que corroboren el fet que estem davant d'una forma d'autoprovisió per part de l'entitat adjudicadora i aquella exempció no hi té cabuda en el cas que l'ens instrumental proveeixi, a més, a d'altres subjectes públics i privats com qualsevol altra empresa del mercat (J Ma. Gimeno Feliu).

Ja en el marc del TRLCSP, els serveis *in house providing* són objecte de tractament en els articles 4.1.n) i 24.6 d'aquell text legal, que es presenten com a supòsit exclòs de la seva aplicació.

Així, a la vista d'aquells preceptes, de forma molt sintètica, podem fer les observacions següents (B. Noguera de la Muela):

3.2.1. Des dels primers textos sobre contractació s'ha exclòs l'aplicació del règim de contractació pública a diversos supòsits, i així la «fugida» de les normes de dret administratiu a favor de la rapidesa i eficàcia oferta pel dret privat ha justificat la redacció d'una llista de negocis i contractes exclosos: i entre ells, s'esmenten certs negocis entre les administracions i els seus organismes i societats.

Així es fa referència al concepte de «mitjà propi» o servei tècnic de l'Administració de l'article 24.6, això és l'encàrrec de prestacions típicament contractuals a un ens instrumental, sense que s'apliqui la normativa de contractació pública, la qual cosa ara resulta de gran interès, atesa la proliferació de «mitjans propis» i, per tant, la configuració d'una via d'escapament o inaplicació de les regles públiques de la contractació.

Així mateix, resulta d'interès portar aquí a col·lació la utilització de «convenis» per articular la gestió conjunta de serveis públics. Instrument, el del conveni interadministratiu, que es recull en la LCSP com a supòsit exclòs del seu àmbit d'aplicació en l'article 4.1.c) i que ha estat objecte de tractament específic recentment en la STJUE de 9 de juny de 2009, Assumpte C-480/06, *Comissió de les Comunitats Europees/República Federal d'Alemanya*. Aquesta sembla potenciar el recurs a la figura dels *convenis bilaterals de cooperació interadministrativa* com a supòsit (al marge dels serveis *in house*) que permet exceptuar l'aplicació de les directives comunitàries de contractació pública. Però vegem els termes d'aquestes.

L'esmentada Sentència resol el recurs per incompliment interposat per la Comissió contra la República Federal d'Alemanya per vulneració de la Directiva 92/50/CEE, del Consell, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics de serveis, en el sentit que quatre Landkreise de la Baixa Saxònia (circumscripcions administratives) van formalitzar directament un contracte públic relatiu a l'eliminació de residus (en la nova instal·lació de valorització tèrmica de Rugenberger Damm) amb els serveis de neteja urbana de la ciutat

d'Hamburg, sense que l'esmentat contracte públic de serveis fos objecte d'una licitació en el marc d'un procediment formal a nivell de la Comunitat Europea.

A aquest respecte, la *República Federal d'Alemanya* va al·legar que el contracte controvertit és la culminació d'un acord sobre l'execució en comú d'una missió de servei públic, d'una operació interna de l'Administració, que incumbeix als Landkreise en qüestió i a la ciutat d'Hamburg, tots competents en matèria d'eliminació de residus. I va afegir que «l'operació de cooperació municipal» controvertida té per objecte una activitat que es desenvolupa en l'esfera estatal, no afecta el mercat i, per tant, no pertany a la normativa sobre contractació pública. Així, les parts implicades si fos necessari, segons aquest acord, es prestaran assistència en el mercat de l'execució de la seva obligació legal d'eliminació de residus i, per això, desenvolupen aquesta missió mancomunadament en la regió de què es tracta.

Per la seva banda, la Comissió estima que estem davant d'un contracte de serveis de la Directiva 92/50/CEE, i considera que «els serveis prestats en el cas que ens ocupa no es poden considerar com a constitutius d'una assistència administrativa en la mesura que els serveis de neteja urbana no exerceixen llurs activitats en virtut d'una llei o d'altres actes unilaterals, sinó sobre la base d'un contracte». I afegeix: «les úniques excepcions permeses pel que fa a l'aplicació de les directives sobre contractació pública són les esmentades taxativament i expressament en aquestes [vegeu la Sentència de 18 de novembre de 1999, Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartat 43, sobre la Directiva 93/36/CEE del Consell, de 14 de juny de 1993, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació de contractes públics de subministrament]. Segons aquesta, en la Sentència de 13 de gener de 2005, (C-84/03, apartats 38 a 40), el Tribunal de Justícia va confirmar que els contractes de cooperació horitzontal celebrats per entitats territorials, com el controvertit en el cas que ens ocupa, estan sotmesos a la normativa sobre contractació pública».

Així mateix, la Comissió rebutja la invocació de l'excepció *in house* que fa Alemanya, en estimar que el requisit del «control anàleg» no concorre en el cas que ens ocupa, ja que cap de les entitats adjudicatadores de què es tracta té poder sobre la gestió dels serveis de neteja urbana de la ciutat d'Hamburg. Postura que, lògicament, no sosté la República Federal d'Alemanya, que entén que, «en el marc de la regió metropolitana d'Hamburg, se satisfà l'exigència relativa a la intensitat del control exercit, que s'ha d'avaluar sota el prisma de l'interès públic (vegeu, en aquest sentit, la Sentència d'11 de gener de 2005, Stadt Halle i RPL Lochau, C-26/03, apartat 50), ja que les administracions de què es tracta exerceixen entre si un control recíproc» i (...) «al·lega que, si s'hagués realitzat una licitació, és possible

que els serveis de neteja urbana d'Hamburg no haguessin pogut licitar, atès que, al 1994, aquesta ciutat no disposava d'una capacitat de valorització de residus que l'incités a participar en aquella licitació. La construcció de la instal·lació de Rugenberger Damm es va planificar únicament arran de les necessitats dels Landkreise corresponents de valoritzar els seus residus, necessitat que es va posar de manifest ulteriorment, i de la garantia que aquests utilitzarien una futura central».

A la vista de tot això, el *Tribunal de Justícia*, partint de la doctrina conformada per aquest, en abordar les relacions *in house* i, en especial, en analitzar el requisit del control anàleg, posa de relleu que en aquest supòsit no està davant d'un servei *in house providing*, però sí davant d'un altre cas en el qual també es pot exceptuar l'aplicació de la normativa comunitària de contractació pública, com és que el control controvertit estableix una cooperació entre entitats locals que té com a finalitat garantir la realització d'una missió de servei públic comú a aquestes, en concret, l'eliminació de residus.

A més, aquest contracte és la culminació d'una acció de cooperació intermunicipal entre els quatre Landkreise i el servei de neteja urbana d'Hamburg (que no és un mitjà propi dels Landkreise), i té com a finalitat permetre a la ciutat d'Hamburg construir i fer explotar una instal·lació de tractament de residus en les condicions econòmiques més favorables possibles, gràcies a les aportacions dels residus dels Landkreise veïns, la qual cosa permet assolir una capacitat de 320.000 tones. Per aquest motiu, la construcció de la citada instal·lació només es va decidir i es va realitzar un cop que els quatre Landkreise corresponents acordessin utilitzar la central i es comprometessin a aquest respecte.

I afegeix:

«...el dret comunitari no imposa de cap manera a les autoritats públiques l'ús d'una forma jurídica particular per garantir llurs missions de servei públic conjuntament. D'altra banda, aquesta col·laboració entre autoritats públiques no qüestiona l'objectiu principal de la normativa comunitària sobre contractació pública, a saber, la lliure circulació dels serveis i la seva obertura a la competència no falsejada en tots els estats membres, sempre que la realització d'aquesta cooperació es regeixi únicament per consideracions i exigències característiques de la persecució d'objectius d'interès públic i es garanteixi el principi d'igualtat de tracte dels interessats establert a la Directiva 92/50, de manera que cap empresa privada se situï en una situació privilegiada respecte dels seus competidors (vegeu, en aquest sentit, la Sentència Stadt Halle i RPL Lochau, abans esmentada, apartats 50 i 51).

D'altra banda, és procedent assenyalar que en cap dels elements aportats davant

del Tribunal de Justícia es desprèn que, en aquest cas, les entitats de què es tracta hagin orquestrat un muntatge destinat a eludir la normativa sobre contractació pública».

Certament, aquest pronunciament del Tribunal de Justícia de la Unió Europea s'ha de prendre amb cautela, perquè no es converteixi en la via que legítimi, en tot cas, el recurs al «conveni» quan la prestació que conté estigui compresa en l'àmbit d'aplicació de la Directiva de contractes, o dit d'una altra forma, es faciliti així l'adjudicació directa de contractes sotmesos a l'LCSP.

3.2.2. Al contrari, tornant a la tècnica *in house*, sí que ens sembla del tot encertada la previsió expressa continguda en l'article 4.1.n) TRLCSP en referir-se als «subencàrrecs», és a dir, als contractes que formalitzi l'ens *in house* amb tercers per a realitzar les prestacions objecte de l'encàrrec, que «quedaran sotmesos» a la Llei de contractes, «en els termes que siguin procedents d'acord amb la naturalesa de l'entitat que els subscrigui i el tipus i quantia d'aquests, i, en tot cas, quan es tracti de contractes d'obres, serveis o subministraments les quanties dels quals superin els llindars establerts en la secció 2a. del capítol II d'aquest títol preliminar, les entitats de dret privat han d'observar per a la seva preparació i adjudicació les regles que estableixen els articles 137.1 i 190», relatius a contractes subscrits per poders adjudicadors que no tenen el caràcter d'administracions públiques.

Resulta, per tant, que els «mitjans propis» són «poder adjudicador», i s'han de sotmetre al TRLCSP, però no n'hi ha prou amb el mer fet de ser empresa pública per entendre que és un mitjà propi, atès que el determinant és que es compleixin els criteris de la doctrina *Teckal*, als quals ens hem referit; al marge, per tant, que una norma, o fins i tot conveni, declari expressament que l'ens de què es tracti és «mitjà propi».

En tot cas, el poder adjudicador-mitjà propi, podrà ser tant un poder adjudicador que, al mateix temps, tingui la condició d'Administració pública (per exemple, un organisme autònom), com un poder adjudicador que no sigui Administració (per exemple, una societat mercantil) als efectes de l'actual legislació de contractes. S'estableix, a més, diferents nivells d'aplicabilitat en atenció a l'entitat contractant i al mateix tipus de contracte de què es tracti, això és: contractes administratius, privats, harmonitzats i no harmonitzats, que comporten, en definitiva, diversos règims jurídics, que se superposen uns amb d'altres i impliquen una més gran complexitat.

3.2.3. Pel que fa als dos requisits que han de concórrer per a la ruptura de la presumpció d'existència de contracte i on, en conseqüència, no entren en joc les

normes que els són aplicables, i quan ens trobem davant d'un supòsit de mitjà propi, cal dir que, amb relació al primer d'aquests, això és el del *control anàleg que s'exerceix sobre els seus propis serveis*, no sembla que la doctrina comunitària el reculli fidelment (*Teckal*), ja que l'article 24.6 disposa: «*En tot cas, s'entendrà que els poders adjudicadors exerceixen sobre un ens, organisme o entitat un control anàleg al que tenen sobre els seus propis serveis si els poden conferir encàrrecs de gestió que siguin d'execució obligatòria per a ells, d'acord amb instruccions fixades unilateralment per la persona que ha fet l'encàrrec la retribució del qual es fixi tenint en compte les tarifes aprovades per l'entitat pública de la qual depenguin*» (la negreta és nostra). Un concepte de control, per tant, que no segueix el camí traçat per la Sentència *Carbotermo*, quan indica que l'ens ha de consistir en una *influència decisiva sobre els objectius estratègics i decisions importants de l'entitat mitjà propi*. Cosa que dóna pas, per tant, a un concepte lax de mitjà propi.

Però, per si no fos prou, quan es tracti d'un ens instrumental *de caràcter societari*, d'acord amb el TRLCSP, «*a més, la totalitat del seu capital ha de ser de titularitat pública*» (art. 24.6 primer paràgraf, *in fine*, TRLCSP), ja que la participació d'una empresa privada, tot i que sigui minoritària, exclou aquest control anàleg al que s'exerceix sobre els propis serveis.

No obstant això, el TRLCSP no assenyala si l'Administració que encarrega la prestació ha de ser la titular de la totalitat de les accions de la societat en mans públiques, qüestió de gran interès en l'àmbit local, ni es fa referència al fet que és exigible un determinat percentatge de participació per part de l'Administració que participa en el capital de la societat perquè se la consideri mitjà propi d'aquesta, si bé estimem que no pot ser qualsevol percentatge i, per descomptat, en tot cas, perquè es doni el requisit del «control anàleg», d'entre les entitats públiques que participin en el capital social, només es complirà per a les entitats que tinguin un poder d'influència determinant, tant sobre els objectius estratègics com sobre les decisions importants, tal com es dedueix de la jurisprudència comunitària que recau en la matèria i apuntada en pàgines precedents.

3.2.4. Respecte al requisit de *realitzar la part essencial de l'activitat per als poders adjudicadors que els controlen*, estimem que s'ha de fer, per part del TJUE, un esforç per acabar de precisar-ho, ja que l'objecte dels ens instrumentals mitjà propi acostuma a ser recollit en els seus estatuts legals d'una forma àmplia que inclogui encàrrecs o negocis interns o domèstics i activitats de mercat.

D'aquí que convé remarcar que aquelles activitats de mercat han de ser excepcionals, i si es dóna la condició de mitjà propi, ha de d'estar subjecte a revisions periòdiques, per poder anar comprovant si segueix exercint la part essencial de l'activitat per a l'Administració que el controla.

3.2.5. Finalment, el TRLCSP disposa la necessitat que, expressament, es reconegui en la norma de creació o pels seus estatuts, la condició de mitjà propi de les entitats que compleixin els criteris esmentats a l'article 24.6; exigència que no té sentit perquè l'important és que l'entitat de què es tracti sigui veritablement «mitjà propi», això és, que compleixi els requisits, al marge que la norma ho declari o no. Normes que han de determinar el règim dels encàrrecs que se'ls poden conferir o en les condicions en què se'ls poden adjudicar contractes, cosa que determina la impossibilitat de participar en licitacions públiques convocades pels poders adjudicadors dels que siguin mitjans propis, sens perjudici que quan no hi concorri cap licitador, se'ls pugui encarregar l'execució de la prestació objecte d'aquestes.

4. El nou sistema de recursos en matèria de contractes públics

Fent-se ressò del que recullen les directives de recursos 89/665/CEE i 92/13/CEE, des de fa uns anys el Tribunal de Justícia de la Unió Europea declara la necessitat d'establir un sistema de recursos *ad hoc* en el camp de la contractació, tal com va manifestar en la seva Sentència de 28 d'octubre de 1999 (Alcatel) en afirmar que la Directiva de «recursos» de 1989 *«s'ha d'interpretar en el sentit que els estats membres estan obligats a establir, en tots els casos, independentment de la possibilitat d'obtenir una indemnització per danys i perjudicis, un procediment de recurs que permeti al demandant obtenir, si hi concorren els corresponents requisits, l'anul·lació de la decisió de l'òrgan de contractació anterior a la celebració del contracte per la qual resol amb quin licitador en aquell procediment celebrarà el contracte»*.

Així, les directives «processals» en matèria de contractes, la 89/665 i la 92/13, les grans desconegudes del món de la contractació, i autèntica revolució jurídica, tenen l'objectiu de fer efectiva l'obertura de la contractació a la concurrència, ja que, perquè el sistema de contractació funcioni, cal que hi hagi un sistema eficaç de garanties, si no volem que, com va assenyalar Piñar Mañas, entre d'altres, *«la normativa comunitària que amb tant esforç s'ha elaborat i encara s'està elaborant, corri el risc de no servir per a gairebé res»*. Recordem que el punt de partida del Tribunal de Justícia de la Unió Europea és l'efectivitat de la protecció, i així ho ha manifestat en nombroses ocasions, com en la Sentència de 3 de març de 2005, Fabricam (C-21/03 i C-34/03) quan afirma: *«Les disposicions de les directives 89/665 i 92/13, destinades a protegir els licitadors contra l'arbitrarietat de l'entitat adjudicadora, tenen per objecte reforçar els actuals mecanismes per a garan-*

tir l'aplicació efectiva de les normes comunitàries en matèria d'adjudicació de contractes públics, en particular, en la fase en què les infraccions encara es poden corregir».

L'exigència d'assolir aquesta finalitat ha comportat, com estem assenyalant, l'aprovació de les directives 89/665/CEE i 92/13/CEE, així com la nova Directiva 2007/66/CE del Parlament Europeu i del Consell, per la qual es modifiquen les anteriors, pel que fa a la millora de l'eficàcia dels procediments de recurs en matèria d'adjudicació de contractes públics, el termini de transposició dels quals va acabar el 20 de desembre de 2009 (J.A.Moreno Molina, J.M. Gimeno Feliu, B.Noguera de la Muela).

Per tant, tal com posa de manifest el TJUE, els estats han de dissenyar un règim específic de recursos ràpids i eficaços per a fiscalitzar la contractació pública, no essent suficient l'aplicació dels recursos ordinaris que l'Estat tingui establerts per a la resta de l'activitat administrativa (STJUE d'11 de gener de 2005, *Stadt Halle*). Un sistema de recursos caracteritzat per la possibilitat que les decisions recorregudes puguin ser anul·lades a fi de corregir, efectivament, la infracció comesa (STJUE de 28 d'octubre de 1999, *Alcatel*, apartat 43 i STJUE de 4 de desembre de 2003, *EVN AG*). Aquest recurs es caracteritza pel necessari caràcter suspensiu entre l'adjudicació i la formalització o perfecció del contracte (STJUE de 24 de juny de 2004, *Comissió/Austria* i la STJUE de 3 d'abril de 2008, de condemna al Regne d'Espanya), per no complir el nostre ordenament amb aquesta característica. I, a més a més, els terminis hauran de ser clars, evitant incerteses al respecte (STJUE de 28 de gener de 2010, *Comissió/Irlanda*). Terminis que poden tenir caràcter de preclusió sempre que siguin suficientment raonables i no limitin desproporcionadament l'acció del licitador (STJUE de 30 de setembre, *Strabag i altres*, apartat 37). En tot cas, la informació que es faciliti als licitadors ha de ser el suficientment completa per a permetre que es pugui interposar el recurs per disconformitat amb la motivació de la decisió.

En definitiva, s'entén que un recurs ràpid i eficaç és el que resol l'òrgan independent, en un termini breu (de dies i en còmput de dies naturals) que impedeix el perfeccionament del contracte fins a la seva resolució expressa i que pot acordar mesures cautelars que garanteixin l'efectivitat material de la resolució. I és que de poc serveix una resolució posterior si el contracte ha estat ja executat, tal com ha recordat la Resolució del TJUE de 22 d'abril de 1994: *«la declaració posterior d'un incompliment (...) amb freqüència després de l'incompliment del contracte, no podrà eliminar el perjudici patit per l'ordenament jurídic comunitari i per tots els licitadors exclosos o privats de la possibilitat de participar-hi adequadament».*

Per tant, en el plànol nacional, hi ha dues opcions: un recurs jurisdiccional o un recurs davant l'autoritat administrativa independent. Així es desprèn amb claredat de la jurisprudència europea, com es pot comprovar de l'anàlisi de les sentències, de 4 de febrer de 1999, *J. Köllensperger*, i de 4 de març de 1999, *HI*: «*En virtut del que disposa el paràgraf primer de l'apartat 8 de l'article 2, els estats membres poden optar entre dues solucions a l'hora d'organitzar el sistema de control dels contractes públics.*

La primera solució consisteix a atribuir la competència per a conèixer dels recursos a òrgans de naturalesa jurisdiccional. La segona solució consisteix a atribuir aquesta competència, en primer terme, a organismes que no tenen aquesta naturalesa. En aquest últim cas, les resolucions adoptades per aquests organismes han de poder ser objecte, bé d'un recurs jurisdiccional o bé d'un recurs davant d'un altre organisme, que, per garantir que el recurs sigui adequat, ha de complir els requisits específics previstos en el paràgraf segon de l'apartat 8 de l'article 2 de la Directiva 89/665.

En tot cas ha d'haver-hi un recurs «específic» davant d'una autoritat independent que, a parer meu, hauria d'existir al marge de l'import concret del contracte, és a dir, del seu sotmetiment o no a les directives de contractes, ja que en tot cas són d'aplicació els principis comunitaris del Tractat de Funcionament de la Unió Europea (TFUE). Així ho adverteix la Comunicació interpretativa de la Comissió d'1 d'agost de 2006 (2006/C 179/02).

La transposició de les directives de «recursos», qüestió «oblidada» el 1995 en considerar que la Directiva 89/665 naixia transposada al nostre ordenament jurídic, ha estat –necessàriament– objecte de revisió després de la condemna del Regne d'Espanya el 15 de maig de 2003, que va obligar al nostre Estat a introduir solucions procedimentals que donessin efectivitat a allò acordat en l'esmentada resolució judicial (mitjançant la Llei 62/2003, d'acompanyament, en virtut de la qual s'afegeix un nou article, el 60 bis, a la Llei de contractes de les administracions públiques). Adaptació que va resultar un nou incompliment de la legislació espanyola en aquest aspecte, ja que, com bé destaca J.M. Baño León, ni és eficaç ni casa de cap manera amb el principi de seguretat jurídica al qual es referia la STJUE de 12 de desembre de 2002 (*Universale Ban*). En tot cas, com bé proposava el professor E. García de Enterría, davant la clara insuficiència d'aquest nou precepte, el que l'operador jurídic ha de fer és impulsar la regla de l'aplicació preferent i directa de la Directiva de recursos, els mecanismes dels quals esdevenen obligatoris per als nostres tribunals.

La Llei de contractes del sector públic, a l'art. 37, va intentar resoldre aquesta qüestió mitjançant un recurs especial de contractes públics per a contractes de lliandar comunitari (harmonitzat) que ha de resoldre el mateix òrgan de contra-

ctació, però així tampoc es complia amb les directives «recursos», ja que no hi concorre la nota d'independència quan resol el mateix òrgan contractant.

Això va obligar a la reforma de l'LCSP per adaptar el sistema de recursos, tant a les prescripcions de la Directiva 2007/66/CE, del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de desembre de 2007, com a l'obligació de donar compliment a la STJUE de 3 d'abril de 2008, per la qual es condemnava al Regne d'Espanya per la insuficiència del sistema de recursos, en no preveure, la nostra legislació, un termini obligatori per a notificar a tots els licitadors i no preveure un termini d'espera obligatori -de suspensió automàtica- entre l'adjudicació del contracte i la seva formalització.

L'opció legislativa espanyola va ser la de crear un tribunal administratiu independent especialitzat. El canvi obligà a desplaçar la regulació del recurs especial en matèria de contractació pública a un llibre propi (el VI) de l'LCSP que es va efectuar per la Llei 34/2010, de 5 d'agost, de modificació de les lleis 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, 31/2007, de 30 d'octubre, sobre procediments de contractació en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals, i 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa per adaptació a la normativa comunitària de les dues primeres (Llei reforma 2010) en la qual introduïa 11 nous articles –del 310 al 320– i substituïa el contingut dels avui derogats articles 37 a 39 LCSP i que ara corresponen als articles 40 a 49 del TRLCSP de 2011, amb alguns matisos introduïts per la Llei d'economia sostenible.

La Llei 34/2010 va incorporar diverses novetats respecte al recurs especial en matèria de contractació previst per l'LCSP de 2007 i que recull el TRLSP. En primer lloc, s'enuncia el seu caràcter potestatiu comporta, *de facto*, l'obertura d'una doble via de recurs (administratiu especial o jurisdiccional) per a la impugnació d'acords presos en el si d'un procediment de contractació. Aquesta circumstància no està exempta de dificultats pràctiques, (M.A. BERNAL BLAY) com és la del termini per a la interposició dels recursos: quinze dies hàbils, computats de manera diferent en funció de l'acte que es recorri (article 44.2 TRLCSP), per al cas del recurs especial en matèria de contractació pública, o bé dos mesos a comptar des de l'endemà de la publicació de la disposició impugnada o de la notificació o publicació de l'acte que posi fi a la via administrativa, si és exprés (art. 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa), per al cas d'interposar el recurs contenciós administratiu.

En segon lloc, s'aborda la determinació del moment a partir del qual comença el còmput del termini d'espera i del termini per a interposar el recurs, i amb

això, una nova regulació del contingut de les notificacions que s'han de fer als licitadors per comunicar-los amb suficient detall quin és el resultat de la licitació i les raons que han portat l'òrgan de contractació a adoptar una decisió en aquest sentit. S'incorpora d'aquesta manera la doctrina del Tribunal de Justícia en la Sentència de 28 de gener de 2010 (As. C-406/08, *Uniplex*).

En tercer lloc, s'acaba amb una de les principals novetats incorporades per l'LCSP, el doble tràmit d'adjudicació, provisional i definitiva, refonent ambdós tràmits en un de sol i retardant el moment de la perfecció del contracte fins a la seva formalització. Però perviu, encara, la seva limitació als contractes harmonitzats, essent millor les propostes autonòmiques de Navarra i Illes Balears.

No obstant això, centrarem la nostra atenció en una altra de les qüestions pendents de resoldre, després de l'aprovació de la Directiva 2007/66, com és la relativa a la competència per resoldre el recurs, ja que l'esmentada Directiva exigeix que s'atribueixi a un «òrgan independent». De totes les opcions, la que finalment es va imposar va ser la d'atribuir la competència per resoldre els recursos a un òrgan de naturalesa no jurisdiccional, sinó administrativa: el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals (TACRC). En aquesta naturalesa no jurisdiccional, hi participen, així mateix, els òrgans autonòmics, i també els que depenen dels òrgans constitucionals i estatutaris, creats, cadascun en el seu respectiu àmbit, per a la resolució dels recursos que es plantegin en matèria contractual.

Al costat de la creació d'aquest Tribunal Administratiu Central, i com a conseqüència que, d'acord amb la Directiva 89/665, en el cas que s'opti per atribuir la competència per conèixer del recurs a un òrgan de naturalesa no jurisdiccional, s'han d'adoptar les mesures oportunes per tal de garantir que qualsevol decisió presumptament il·legal, adoptada per l'òrgan del recurs competent, pugui ser objecte d'un recurs jurisdiccional, o d'un recurs davant d'un altre òrgan jurisdiccional -en el sentit de l'article 234 del Tractat CE- que sigui independent en relació amb el poder adjudicador i amb l'òrgan del recurs. El sistema de recursos configurat en el TRLCSP no tanca la possibilitat d'interposar recurs contenciós administratiu contra la resolució de l'òrgan encarregat de resoldre el recurs (art. 49.1 TRLCSP).

En l'àmbit de l'Administració general de l'Estat -tot i que la seva competència es projecta també sobre els recursos especials que se susciten contra els actes dels òrgans competents del Consell General del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Tribunal de Comptes- es crea el «Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals» (TARC). D'altra banda, i per la Llei 34/2010 (disposició addicional tercera LCSP) ha estat creat el «Tribunal de Recursos Contractuals de les Corts Generals», que coneix dels recursos especials en matèria de

contractació, quan s'interposin contra actes relatius als contractes que preten- guin subscriure el Congrés dels Diputats, Senat, Corts Generals, Junta Electoral Central i Defensor del Poble.

Per a les comunitats autònomes, el TRLCSP, igual que la seva predecessora, preveu dues possibilitats, recollides a l'article 41.3.

La primera, la creació d'un òrgan independent, de similars característiques al Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, opció seguida per Madrid (art. 3 de la Llei 9/2010, de 23 de desembre, de mesures fiscals, admini- stratives i de racionalització del sector públic), el País Basc (disposició addi- cional vuitena de la Llei 5/2010, de 30 de desembre, de pressupostos generals de la Comunitat autònoma del País Basc per a l'exercici 2011), i Aragó (art. 17 de la Llei 3/2011, de 24 de febrer, de mesures en matèria de contractes del sector públic d'Aragó).

Al costat de les anteriors, altres comunitats autònomes han autoritzat la creació d'un òrgan per a la resolució de recursos en matèria de contractació: Castella i Lleó (disposició final setena de la Llei 19/2010, de 22 de desembre, de mesures financeres i de creació de l'ens públic Agència d'Innovació i Finançament Empresarial de Castella i Lleó), Galícia (art. 38 de la Llei 15/2010, de 28 de desembre, de mesures fiscals i administratives), i Catalunya, on es va dictar en data 14 d'octubre de 2011 una resolució per la qual es demora la provisió del titular de l'Òrgan de recursos contractuals de Catalunya, per motius de reor- ganització interna (disposició addicional quarta de la Llei 26/2009, de 23 de desembre, de mesures fiscals, financeres i administratives) però finalment per Resolució PRE/1014/2012, de 31 de maig, del Departament de la Presidència es va nomenar el director de l'òrgan administratiu esmentat, i Cantàbria (dispo- sició addicional primera de la Llei 1/2010, de 27 d'abril, per la qual es modifi- quen la Llei 6/2002, de 10 de desembre, de règim jurídic del Govern i de l'Ad- ministració de la Comunitat Autònoma de Cantàbria, i la Llei 11/2006, de 17 de juliol, d'organització i funcionament del servei jurídic).

No obstant això, fins al 30 de juny de 2011 (data de tancament d'aquest article), només Aragó (de manera transitòria), Madrid i País Basc, a més de cre- ar-los, havien constituït efectivament aquests òrgans.

La segona opció és que les comunitats autònomes atribueixin la competèn- cia per a la resolució dels recursos al Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, subscriuint a aquest efecte el corresponent conveni amb l'Admi- nistració General de l'Estat. De moment, no hi ha notícia que cap comunitat autònoma hagi subscrit aquest conveni.

A les opcions anteriors, encara hem d'afegir-hi una tercera, prevista a la dis-

posició transitòria segona de la Llei 34/2010 i que continua recollint el TRLCSP, en la disposició transitòria setena, que preveu que mentre no hagin creat els seus propis òrgans encarregats de la resolució de recursos o qüestions de nul·litat, o subscrit un conveni per a la seva resolució mitjançant el Tribunal Administratiu Central, «la competència per a la resolució dels recursos continuarà encomanada als mateixos òrgans que la tenien atribuïda amb anterioritat». És a dir, mantenir la competència de l'òrgan de contractació per resoldre el recurs (quan es tracti de contractes d'una Administració pública), o del titular del departament, òrgan, ens o organisme al qual estigui adscrita l'entitat contractant o correspongui la seva tutela (si aquesta no té el caràcter d'Administració pública).

Ara bé, en aquests supòsits, el procediment de tramitació dels recursos s'acomodarà al que disposen els articles 42 a 48 TRLCSP o, si s'escau, els articles 103 a 108 LCSE i, a més, quan les resolucions no siguin totalment estimatòries, o quan sent-ho, hagin comparegut en el procediment altres interessats diferents del recurrent, no seran executives fins que siguin fermes o, si han estat objecte de recurs, fins que l'òrgan jurisdiccional competent, no decideixi sobre la seva suspensió.

Encara que caracteritzat per la seva supletòrietat i transitorietat, entenem que aquest sistema no s'ajusta a les directives de recursos.

D'altra banda, en l'àmbit de les corporacions locals, la competència per a resoldre els recursos s'estableix per les normes de les comunitats autònomes, quan aquestes tinguin atribuïda competència normativa i d'execució en matèria de règim local i contractació, segons disposa l'article 41.4 del TRLCSP.

En tot cas, la principal característica d'aquests nous tribunals administratius serà la independència funcional en l'exercici de les seves competències, la qual es reforça amb la inamovibilitat que deriva de la designació dels seus membres (art. 41.1, paràgraf 7 del TRLCSP), que només podran ser remoguts dels seus llocs per les causes legalment establertes.

I així mateix, cal tenir cura també de la publicitat de les resolucions dictades per aquests òrgans independents (solament ho fan el TARC i Aragó); i manca un procediment per a resoldre eventuais conflictes entre òrgans autonòmics o entre el TARC i un òrgan autonòmic.

Per finalitzar i amb relació a aquest tema, crec que es troben a faltar, per exemple, una ampliació de l'àmbit del recurs especial en matèria de contractes als «petits contractes», que podrien recollir les CCAA (sobre aquesta qüestió són destacables Illes Balears i Navarra), i és la manera d'atorgar la protecció necessària a petites i mitjanes empreses. A més, també es podria ampliar l'esmentat recurs a qüestions que es donen en la «fase d'execució» dels contractes.

D'altre banda, cal fer també referència a la Llei de contractes en matèria de

defensa i seguretat de 2011, quan introdueix un paràgraf final, a l'apartat 2 de l'article 310 LCSP en la disposició final primera, que amb I. GALLEGO CORCOLES considerem inadmissible, quan exclou «del recurs especial en matèria de contractes els actes dels òrgans de contractació dictats en relació amb les modificacions contractuals no previstes en els plecs (...)». I és inadmissible perquè no oblidem que una modificació contractual no prevista als plecs, si excedeix certs límits, constitueix una nova adjudicació. I recordem també que el TJUE ha reiterat que la D. 89/665/CEE s'aplica a *totes* les decisions adoptades per les entitats adjudicatòries subjectes a les normes del dret comunitari en matèria de contractes públics i no estableix cap restricció pel que fa a la naturalesa i al contingut de les esmentades decisions.

En definitiva, la conquesta de la seguretat jurídica en l'àmbit de la contractació pública, cada vegada es presenta més irrealitzable en el nostre ordenament jurídic.

Bibliografia

- AAVV (2012). *El nuevo mapa de la contratación pública* (Dir. L. Parejo, y A. Palomar), Editorial Bosch
- AAVV (2012). *La contratación de las Administraciones Públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público. Actualizada conforme al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público* (Coord. J.V. Català Martí), Thomson-Reuters.
- AAVV (2011). *Comentarios a la Ley de Economía Sostenible* (Dir. S.A. Bello Paredes), La Ley.
- AAVV (2011). *Observatorio de contratos públicos 2010* (Dir. J.M^a. Gimeno Feliu), Civitas Thomson-Reuters.
- BAÑO LEÓN, J.M. (2004): «El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid. «Jurisdicción y recursos», *Diccionario de Contratación Pública*, (Dir. J. Bermejo), Iustel.
- BERNAL BLAY, M.A. (2010). *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas paraconcesionales*, Thomson-Reuters.
- (2006): «Las encomiendas de gestión excluidas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: una propuesta de interpretación del artículo 3.1 letra TRLACP», *REDA* núm. 129, pp. 79-90.

- BRUNETE DE LA LLAVE, M^a.T. (2009): *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Especial aplicación a las Entidades Locales*, La Ley, Madrid.
- CARBONELL PORRAS, E. (2007): «Las sociedades mercantiles públicas y los contratos con terceros en las Directivas Comunitarias y en el Derecho español». *Noticias de la Unión Europea* 267
- CARLÓN RUIZ, M. (2008): «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *REDA* núm. 140, pp. 651-684.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2003) «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho Administrativo en materia de entes sujetos al Derecho Público y de Medidas cautelares contencioso-administrativas» (Sentència Comissió c. Espanya C-214/00, de 15 de maig de 2003), *REDA* núm. 119, pp. 471-487.
- GALLEGO CÓRCOLES, I (2011), «Contratos públicos y régimen «cualificado» de invalidez: supuestos especiales y cuestión de nulidad», en *Observatorio de Contratos Públicos 2010* (Dir. Gimeno Feliu), Civitas Thomson Reuters
- GIMENO FELIU, J.M^a.
 (2010). *Novedades de la Ley de contratos del Sector Público, de 30 de octubre de 2007, en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Thomson-Reuters.
- (2011). «El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos», en *Observatorio de Contratos Públicos, 2010*, Thomson-Reuters, p. 211-258.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. (2008). *Sociedades estatales de obras públicas*, Ed. Tirant lo Blanch.
- MONTORO CHINER, M^a.J. (2007): *Rechtsstaatliche Entwicklungen im Rect. Der verwaltungsrechtlichen Verträge Spaniens. Ein Ständiger Dialog «Zwischen nationalem gesetzgebend und EuGH» en Rechtsstaat und Grundrechte* (Libro Homenaje al Prof. Merten), Heidelberg.
- MONTOYA MARTÍN, E. (2009): *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de Contratos del Sector Público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Serie claves del Gobierno local núm. 9, Barcelona.
- MORENO MOLINA, J.A.
 (2011)«Las últimas reformas legislativas en materia de contratos públicos y el futuro próximo. Crónica de una avalancha normativa», en *Observatorio de Contratos Públicos, 2010*, Thomson-Reuters, p. 105-124.
 (2010). *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto*, La Ley.

- (2009): «Un mundo para Sara». Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada», *RAP* 178/2009, pp. 175-213.
- (2007): *La nueva Ley de contratos del sector público, estudio sistemático*, La Ley.
- MORENO MOLINA, J.A Y PLEITE GUADAMILLAS (2012), Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático.
- NOGUERA DE LA MUELA, B.
- (2012) «Sobre las sociedades de economía mixta como técnica institucional de colaboración público-privada en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público» en *Observatorio de contratación pública*.
- (2010) Los encargos *in house* en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria», *RAP* núm. 182, pp. 159-190.
- (2008) «El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público a la vista de la Directiva 2007/66/CE por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE» en «El Derecho de los Contratos del Sector Público», monografía número X de *RAAP*,
- (2004 a) «El control de la contratación pública en el Derecho Comunitario y en el ordenamiento jurídico-administrativo español», en *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier.
- (2004 b) «Consecuencias de la Sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003 (Comisión/España) en el ordenamiento jurídico español: concepto de poder adjudicador, actos separables en los contratos de sociedades mercantiles públicas y tutela cautelar contractual. La nueva regulación del TRL-CAP introducida por la Ley 62/2003, de 30 de Diciembre», *RAAP* nº53.
- (2002) «las Directivas comunitarias de «sectores excluidos» y la Ley 48/98, de 30 de diciembre: ámbito de aplicación y procedimiento de conciliación», *Noticias de la Unión Europea* núm. 205, febrer.
- (2001) *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Atelier.
- PLEITE GUADAMILLAS, F. (2010). *El ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de Contratos del Sector Público. Claves para la clasificación de los poderes adjudicadores*, La Ley.
- PULIDO QUECEDO, M. (2010). *El nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*, Thomson-Reuters.



Das Recht auf eine gute Verwaltung in der Europäischen Union

Verzeichnis

- I. Einleitung
- II. Bedeutung und Begriff
- III. Berechtigte und Verpflichtete
- IV. Korrespondenzrecht
 1. Recht auf Anhörung
 2. Recht auf Akteneinsicht
 3. Recht auf Entscheidungsbegründung
 4. Sonstige Rechte
- V. Recht auf Schadensersatz
- VI. Korrespondenzrecht

DAS RECHT AUF EINE GUTE VERWALTUNG IN DER EUROPÄISCHEN UNION

Siegfried Magiera*

*Univ.-Prof. M. A. (Political Science), Jean Monnet-Lehrstuhl für Europarecht
(ad personam), Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*

I. Einleitung

Erstmals im Recht der Europäischen Union gewährleistet Art. 41 der Grundrechtecharta allen Personen ausdrücklich ein „Recht auf eine gute Verwaltung“. Dieses umfasst insbesondere ein Recht auf Anhörung, auf Aktenzugang und auf Entscheidungsbegründung, ferner ein Recht auf Schadensersatz bei Amtspflichtverletzungen sowie ein Recht auf Korrespondenz mit der Verwaltung.

Die in dieser Bestimmung nunmehr vertraglich zusammengefassten Rechte ergeben sich allgemein aus der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs und finden sich teilweise auch im AEU-Vertrag verankert. Das Recht auf eine gute Verwaltung steht zudem im Zusammenhang mit einer Reihe anderer Unionsrechte. Hervorzuheben sind das Recht auf Zugang zu Dokumenten und auf Datenschutz, auf Beschwerden an den Bürgerbeauftragten, auf Petitionen an das Parlament oder auf Gerichtsschutz. Es wird schließlich gestärkt durch die allgemeinen vertraglichen Anforderungen an eine offene, effiziente und unabhängige europäische Verwaltung.

Die Einbeziehung des Rechts auf eine gute Verwaltung in die Grundrechtecharta geht auf eine Anregung des Europäischen Bürgerbeauftragten zurück, der sich frühzeitig und erfolgreich für ein Grundrecht der Bürger auf eine offene, rechenschaftspflichtige und dienstleistende Verwaltung einsetzte.

*Dieser Beitrag beruht auf der Kommentierung des Verfassers von Art. 41 EU-Charta der Grundrechte, in: Jürgen Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, NomosKommentar, Baden-Baden, 3. Aufl. 2011, S. 518-528, die auch zahlreiche weiterführende Nachweise enthält.

Da das Recht auf eine gute Verwaltung und die mit ihm gewährleisteten Einzelrechte ihre Grundlage im Vertragsrecht der Union haben, erfolgt ihre Ausübung im Rahmen der jeweils vertraglich festgelegten Bedingungen und Grenzen.

II. Bedeutung und Begriff

Mit Art. 41 Grundrechtecharta wurde erstmals auf europäischer Ebene ein übergreifendes „Recht auf eine gute Verwaltung“ normiert. Die Unionsverträge enthalten demgegenüber lediglich begrenzte Einzelrechte, wie das Recht auf eine Entscheidungsbegründung oder das Recht auf Korrespondenz mit der Verwaltung.

Ansätze für eine zusammenfassende Regelung von Grundsätzen guter Verwaltung finden sich jedoch im Verfassungsrecht einiger Mitgliedstaaten und in der Praxis internationaler Organisationen.

Grundsätze einer „guten Verwaltungsführung“ oder einer „ordnungsgemäßen Verwaltung“ waren seit längerem auch in der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs anerkannt. Ähnlich geht das deutsche Bundesverfassungsgericht von einem Anspruch auf ein „’faïres‘ Verwaltungsverfahren“ aus, das zu den wesentlichen Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips gehöre.

Ein besonderer Bedarf, ein allgemeines Recht auf eine gute Verwaltung zu entwickeln, ergab sich für das Unionsrecht mit der Einführung des Amtes eines Europäischen Bürgerbeauftragten durch den Vertrag von Maastricht. Der Bürgerbeauftragte ist für Beschwerden von Unionsbürgern und anderen Personen bei Verwaltungsmissständen zuständig und folglich damit beauftragt, zur Gewährleistung einer guten Verwaltung beizutragen.

Anhaltspunkte für eine gute Verwaltung lassen sich aus der Abgrenzung zum Verwaltungsmissstand gewinnen. Ein solcher Missstand ist durch einen Verstoß gegen Regeln oder Grundsätze gekennzeichnet, die für die Verwaltung verbindlich sind. Eine gute Verwaltung umfasst demnach allgemein die Einhaltung aller rechtlichen Pflichten und sonstigen Gebote im internen Bereich wie im externen Verhältnis zu den Bürgern und sonstigen Betroffenen.

Art. 41 Grundrechtecharta beschränkt sich demgegenüber in einem engeren Sinn auf die Außenbeziehungen der Verwaltung, indem er jeder Person bestimmte Rechte bei der Behandlung ihrer Angelegenheiten einräumt. Das „Recht auf eine gute Verwaltung“ erschöpft sich jedoch nicht in einer Zusammenfassung der in dieser Bestimmung beispielhaft aufgeführten Rechte. Vielmehr folgt aus ihr, dass es sich um ein eigenständiges Grund- oder Kernrecht

handelt, das jeder Person eine „gute Verwaltung“ gewährleistet. Damit ist sicherzustellen, dass die Anliegen der Bürger unparteiisch, gerecht und fristgemäß im Rahmen einer funktionsfähigen und effektiven Verwaltung erledigt werden.

Der genauere Inhalt liegt – wie bei anderen Grundrechten – nicht unmittelbar und starr fest, sondern ist allmählich – nach Sachmaterien, näheren Umständen und Stand der Rechtsordnung – zu entwickeln. Wegweisende Anhaltspunkte ergeben sich insoweit aus den einzelnen Bestimmungen des Art. 41 Grundrechtecharta sowie allgemein aus den Grundsätzen der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit.

III. Berechtigte und Verpflichtete

Art. 41 Grundrechtecharta berechtigt nicht nur die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten als Unionsbürger, sondern uneingeschränkt alle – natürlichen und juristischen – Personen, soweit deren eigene Angelegenheiten betroffen sind. Verpflichtet sind die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union, so dass die gesamte europäische Verwaltung einbezogen ist. Die Mitgliedstaaten sind in dieser Chartabestimmung hingegen nicht genannt und deshalb auch nicht aus ihr verpflichtet.

Unberührt bleibt jedoch die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Beachtung der Grundsätze einer guten Verwaltung aufgrund des europäischen Vertragsrechts sowie der dazu ergangenen Rechtsprechung der europäischen Gerichtsbarkeit.

IV. Einzelne Ausprägungen

Während Art. 41 Abs. 1 Grundrechtecharta den Grund- oder Kerngehalt des Rechts auf eine gute Verwaltung – wie dargestellt – allgemein umschreibt, normiert Art. 41 Abs. 2 Beispiele für einzelne Ausprägungen dieses Rechts.

1. *Recht auf Anhörung*

Dazu gehört zunächst das Recht auf Anhörung, d.h. das Recht jeder Person, gehört zu werden, bevor ihr gegenüber eine für sie nachteilige individuelle Maßnahme getroffen wird. Es dient der Verteidigung des Einzelnen in allen

Verwaltungsverfahren, die zu einer ihn beschwerenden Entscheidung führen können. Deshalb wird es – neben Anhörungsrecht – auch Verteidigungsrecht genannt.

Im Einzelnen umfasst es einen Anspruch auf Unterrichtung durch die Verwaltungsbehörde, wenn die Interessen des Betroffenen durch die Entscheidung spürbar beeinträchtigt werden können, wenn dem Betroffenen insbesondere Sanktionen, etwa eine Geldbuße oder ein Zwangsgeld, drohen. Ferner gibt es dem Betroffenen einen Anspruch auf Stellungnahme, wenn auch nicht notwendigerweise auf eine mündliche Anhörung. Schließlich hat der Betroffene einen Anspruch auf Berücksichtigung seiner Äußerungen, nicht jedoch auf eine bestimmte Entscheidung.

Eine Verletzung des Anhörungsrechts führt nur dann zu einer Nichtigerklärung der Entscheidung, wenn das Verfahren ohne diese Verletzung zu einem anderen Ergebnis hätte führen können.

2. *Recht auf Akteneinsicht*

Ausdrücklich genannt ist zweitens das Recht auf Akteneinsicht, d.h. das Recht einer jeden Person auf Zugang zu den sie betreffenden Akten. Es beschränkt sich auf Akten, die den Einsichtsbegehrenden selbst betreffen. Dadurch unterscheidet es sich von dem allgemeinen Recht auf Dokumentenzugang gemäß Art. 42 Grundrechtecharta.

In beiden Fällen unterliegt das Zugangsrecht der Begrenzung. Zu wahren sind vor allem das berechnigte Interesse der Vertraulichkeit sowie das Berufs- und Geschäftsgeheimnis anderer Personen. Ob das Akteneinsichtsrecht zu gewähren oder aus Gründen entgegenstehender Rechtspositionen zu verweigern ist, bedarf der Abwägung und Entscheidung im konkreten Einzelfall. Bei Verweigerung der Einsichtnahme kann eine belastende Entscheidung nicht auf die vorenthaltene Information gestützt werden.

3. *Recht auf Entscheidungsbegründung*

Hervorgehoben wird drittens die Pflicht der Verwaltung, ihre Entscheidungen zu begründen, und damit ein Recht der Betroffenen auf eine Entscheidungsbegründung. Die Begründungspflicht soll vor allem den Betroffenen die Wahrung ihrer Rechte gegenüber einer sie verpflichtenden Entscheidung ermöglichen. Darüber hinaus soll sie zur Selbstkontrolle der Verwaltung beitragen und deren Rechtskontrolle durch die Gerichtsbarkeit gewährleisten.

Dementsprechend muss die Begründung im konkreten Fall die Überlegungen der erlassenden Institutionen so klar und eindeutig wiedergeben, dass die Betroffenen zur Wahrung ihrer Rechte und die Gerichte zur Gewährleistung ihrer Rechtskontrolle die tragenden Gründe erkennen können. Nicht erforderlich ist es jedoch, dass alle tatsächlich und rechtlich erheblichen Gesichtspunkte genannt werden.

Eine mangelnde oder unzureichende Begründung macht die Entscheidung fehlerhaft und kann nach Erlass nicht mehr nachgeholt werden. Zur Nichtigkeit der Entscheidung führt der Fehler jedoch nur, soweit es sich um eine Verletzung wesentlicher Formvorschriften handelt, wobei auf den konkreten Fall abzustellen ist.

4. Sonstige Rechte

Die nicht erschöpfende Aufzählung in Art. 41 Abs. 2 Grundrechtecharta lässt Raum für weitere Ausprägungen des Rechts auf eine gute Verwaltung. Anhaltspunkte für einzelne solcher Ausprägungen lassen sich der Rechtsprechung der europäischen Gerichtsbarkeit sowie dem vom Europäischen Bürgerbeauftragten ausgearbeiteten Kodex für eine gute Verwaltungspraxis entnehmen.

Dieser soll nach dem Wunsch des Europäischen Parlaments in eine Verordnung aufgenommen werden, die verbindlich für die Verwaltungspraxis aller Organe und Einrichtungen gilt. Damit wäre ein Beitrag zu mehr Rechtssicherheit geleistet, da die Unionsinstitutionen bisher unterschiedliche Grundsätze anwenden, deren Rechtsverbindlichkeit nicht sicher gewährleistet ist.

Soweit der Kodex sich nicht auf Rechte bezieht, die in der Grundrechtecharta schon ausdrücklich genannt werden, verweist er auf elementare Grundsätze einer guten Verwaltung, beispielsweise Rechtmäßigkeit, Nichtdiskriminierung, Verhältnismäßigkeit, Missbrauchsverbot, sowie auf Gebote des Anstands, wie Fairness, Höflichkeit, oder auf technische Notwendigkeiten, etwa Empfangsbestätigung, Weiterleitung an die zuständige Stelle, Bekanntgabe, Registrierung.

V. Recht auf Schadensersatz

Gemäß Art. 41 Abs. 3 Grundrechtecharta hat jede Person einen Anspruch darauf, dass die Union den durch ihre Organe oder Bediensteten in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursachten Schaden nach den allgemeinen Rechtsgrund-

sätzen ersetzt, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind. Ein entsprechendes Recht auf Schadensersatz im Bereich außervertraglicher Haftung findet sich zudem in Art. 340 AEU-Vertrag.

Das Recht auf Schadensersatz erscheint als Ausprägung oder Konsequenz des in der Grundrechtecharta gewährleisteten grundlegenden Rechts auf eine gute Verwaltung, die auch für fehlerhaftes Amtshandeln einzustehen hat. Die nähere Ausgestaltung des Haftungstatbestands obliegt der europäischen Gerichtsbarkeit, die ihre Aufgabe durch wertende Rechtsvergleichung im Rahmen der ihr immanenten schöpferischen Rechtsfortbildung wahrzunehmen hat.

Anspruchsberechtigt ist jede durch ein Organ oder einen Bediensteten der Union geschädigte Person; verpflichtet ist grundsätzlich die Union als Rechtssubjekt.

In Ausübung ihrer Amtstätigkeit haben die Organe oder Bediensteten einen Schaden bei Handlungen verursacht, die sich notwendig aus ihren Aufgaben ergeben, nicht nur anlässlich einer solchen Aufgabe wahrgenommen werden, wie etwa bei einer Fahrt mit dem privaten Pkw zur Ausübung einer Dienstreise.

Das Recht auf Schadensersatz setzt die Verletzung einer zugunsten der geschädigten Person bestehenden Schutznorm voraus, d.h. einer Norm, die zumindest auch den Interessen des Einzelnen zu dienen bestimmt ist. Nach der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs muss der Verstoß hinreichend qualifiziert sein, d.h. bei einer Ermessensentscheidung ist eine offenkundige und erhebliche Grenzüberschreitung notwendig, während bei einem stark eingeschränkten Gestaltungsspielraum eine bloße Rechtsverletzung ausreichen kann.

Das Verhalten des Organs oder Bediensteten der Union kann in einem Handeln, aber auch in einem pflichtwidrigen Unterlassen bestehen und muss grundsätzlich rechtswidrig, nicht jedoch schuldhaft sein. Zu ersetzen ist der materielle wie der immaterielle Schaden. Er muss unmittelbar im Sinne eines adäquaten Kausalzusammenhangs durch das Verhalten eines Organs oder Bediensteten der Union verursacht sein.

VI. Korrespondenzrecht

Schließlich kann sich gemäß Art. 41 Abs. 4 Grundrechtecharta jede Person in einer der Sprachen der Unionsverträge an die Organe der Union wenden und muss sie eine Antwort in derselben Sprache erhalten.

Demgegenüber gewährleistet die entsprechende Bestimmung des Art. 24 AEU-Vertrag ein solches Recht nach ihrem Wortlaut lediglich jedem Unionsbürger, der sich zudem nur schriftlich in einer der anerkannten Unions Sprachen an bestimmte Unionsinstitutionen wenden kann. Die Abweichungen im Wortlaut sind im Lichte der allgemeinen horizontalen Chartabestimmungen zu verstehen. Danach erfolgt die Ausübung der Chartarechte, die in den Unionsverträgen begründet sind, im Rahmen der darin festgelegten Bedingungen und Grenzen. Dazu gehört auch die Verordnung zur Regelung der Sprachenfrage für die Europäische Union.

Daraus ergibt sich, dass die Erweiterung des Kreises der Berechtigten über die Unionsbürger hinaus jedenfalls insoweit gerechtfertigt ist, als es sich um Personen handelt, die der Hoheitsgewalt eines Mitgliedstaats unterstehen, sich also regelmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten. Ferner folgt daraus eine Pflicht zur Beantwortung in einer der vom Absender gewählten Vertragssprachen. Demgegenüber begrenzt das geltende Unionsrecht das Korrespondenzrecht auf die Schriftform. Auch der Kreis der Verpflichteten ist anzupassen, so dass neben den Organen auch sonstige Einrichtungen der Union erfasst sind.



El dret a una bona administració: un context, i també un pretext?

Sumari

1. Objecte
2. El dret a una bona administració: continguts d'un mandat o d'un dret
3. El dret a una bona administració percebut com a element de potenciació d'aspectes que van més enllà de l'estricta compliment de les normes
4. El dret a una bona administració: pretext de la voluntat de transformacions?
5. El dret a una bona administració com a oportunitat per a la introducció de vectors sensibles de transformació

EL DRET A UNA BONA ADMINISTRACIÓ: UN CONTEXT, I TAMBÉ UN PRETEXT?

Francisco José Rodríguez Pontón

Professor titular de dret administratiu, Universitat de Barcelona

1. Objecte

El sorgiment del dret a una bona administració en el marc de la Unió Europea, formulat així a l'art. 41 de la Carta de Drets Fonamentals (CDFUE), implica el repte de resoldre en quins termes i quina incidència té en el dret espanyol. Tot manllivant els termes d'un cèlebre article del professor Georges VEDEL¹ constatem, en primer lloc, com el sorgiment i la consolidació del dret a una bona administració a Europa constitueix el *context*, o un dels contextos, de les evolucions i les transformacions del dret administratiu espanyol i ens interroguem, en segon lloc, sobre en quina mesura això ha suposat o suposa un *pretext* per tal d'aconseguir, de manera potser més accelerada o reeixida, determinades reformes que incideixen sobre certs elements que ofereixen resistències notables al canvi.

2. El dret a una bona administració: continguts d'un mandat o d'un dret

S'ha discutit sobre la naturalesa jurídica del dret a una bona administració. Malgrat que sembla clar que en el dret espanyol els continguts que apareixen a l'article 41 CDFUE no reuneixen la condició de dret fonamental nou, en la mesura que es consagren i es tutelen a la Llei 30/1992, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (LRJPAC)²

1. VEDEL, Georges, «La loi des 16-24 août 1790: Texte? Prétexte? Contexte?», *Revue française de Droit Administratif*, setembre-octubre 1990.

2. NIETO GARRIDO, Eva, «Administración europea y derechos fundamentales: los derechos a una buena administración, de acceso a los documentos y a la protección de datos de carácter per-

—sens perjudici de la possible transcendència anul·ladora de la seva vulneració en el marc de la causa de nul·litat de ple dret de l'article 62.1.e LRJPAC³— també sembla clara la consideració de la bona administració com a dret subjectiu i no només com a principi i, fins i tot, com a dret fonamental nou, d'acord amb els termes de l'art. 41 CDFUE. S'han esmentat diversos arguments en aquesta línia, des del fet mateix de la seva consagració en aquest instrument internacional, i la seva vinculació en relació amb el legislador, fins a aspectes relacionats amb la voluntat de la seva redacció i amb el contingut innovador en alguns punts, en comparació del reconeixement anterior d'aquest dret a la Unió Europea.⁴

Això no obstant, també s'han ofert arguments per tal d'entendre que el dret a la bona administració respon més a un principi rector o inspirador de l'actuació administrativa que no pas a un dret subjectiu. Concretament, s'ha argumentat que, malgrat que es configuri com a dret a l'article 30 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006 (EAC) (així com a d'altres estatuts dels més recentment aprovats), al costat d'aquest dret es manté la seva presència com a principi rector de l'actuació administrativa.⁵

Dins els tractaments doctrinals més detallats sobre aquesta qüestió s'ha explicitat, tot reflectint així la complexitat del tema, la triple naturalesa jurídica de la bona administració en el nostre ordenament jurídic: principi general del dret, deure jurídic i dret subjectiu.⁶

3. El dret a una bona administració percebut com a element de potenciació d'aspectes que van més enllà de l'estricta compliment de les normes

Sense que el nostre objectiu sigui entrar en el fons de la qüestió de la naturalesa jurídica de dret subjectiu o de principi, volem destacar que en el context

sonal», a NIETO GARRIDO, Eva i MARTÍN DELGADO, Isaac, *Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, p. 66.

3. Vid. en aquest sentit EMBID IRUJO, Antonio, *El ciudadano y la Administración*, INAP, Madrid, 1994, pp. 62-66.

4. Vid. NIETO GARRIDO, «Administración europea...», *op. cit.*, pp. 65-68 i 86-87.

5. Vid. TORNOS MAS, Joaquín, «El dret a una bona administració», Sindicatura de Greuges de Barcelona, 2007, pp. 21 i 44-45.

6. En aquest sentit, PONCE i SOLÉ, Juli, «El derecho a una buena administración: derecho administrativo y lucha en pos de una buena gestión pública», a TORNOS MAS, Joaquín (coord.), *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 232-233.

d'aquesta discussió, s'ha remarcat un element important: el fet que quan es parla del dret a una bona administració, allò que té més força i interès, allò que aporta alguna cosa de nou, és la seva consideració com a principi consistent a legitimar l'activitat administrativa a partir, no només del compliment estricte, objectiu i imparcial de la legalitat, sinó també, i sobretot, de donar una resposta adequada a les demandes dels ciutadans. D'aquesta manera, s'ha dit que el principi de bona administració se situa en la línia d'intentar «superar la visió estrictament formal que legitima l'Administració» amb el compliment de la llei, i és que «administrar bé és una mica més que respectar el principi de legalitat».⁷ També s'ha dit que, més enllà de les manifestacions del contingut de l'art. 41 CDFUE, aconseguir una bona administració, no només en el pla de les garanties jurídiques, sinó amb un augment de la qualitat dels serveis i activitats administratives, és una finalitat primordial de l'actual dret administratiu.⁸

Es tractaria, així, tot situant el ciutadà en el centre de les preocupacions de l'activitat administrativa, d'entendre la bona administració com un element que permeti copsar la diversitat de situacions i la consegüent diversitat necessària de respostes per part de l'Administració, més enllà dels patrons sovint uniformes del que suposa una perspectiva aferrada al compliment estricte i formal de les normes.

En les anàlisis doctrinals més completes i fonamentades de la noció de bona administració s'han posat en relleu diverses dimensions que se situen en aquesta línia. Així, entre molts altres aspectes, s'ha destacat com a contingut concret del deure de bona administració una actuació administrativa que, a més de no vulnerar les normes, sigui eficaç.⁹ Una actuació administrativa que ha d'esmerçar tots els recursos necessaris per tal d'arribar a la millor solució possible en cada cas, sense limitar-se al compliment estricte de la legalitat. Una concepció que justament ha estat precedida de l'anàlisi crítica dels paradigmes que han condicionat el procediment administratiu a Espanya, el formalisme dels quals ha implicat un obstacle per tal d'obtenir-ne tot el potencial.¹⁰ El

7. TORNOS MAS, «El dret a una bona administració», op. cit., pp. 27, 31 i 35.

8. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 7^a ed., 2011, p. 66.

9. PONCE SOLÉ, Juli, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 439.

10. *Vid.* el desenvolupament de la qüestió a PONCE i SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido...*, op. cit., pp. 45-126.

trànsit cap a una bona administració, reconeguda com a dret, justament obligaria a fer entrar dintre de l'àmbit del jurídicament exigible pautes o obligacions delimitades abans únicament de forma negativa pel principi d'interdicció d'arbitrarietat.¹¹

La construcció doctrinal que s'ha fet de la noció de bona administració en el dret comparat apunta a la rellevància de la dialèctica entre la legalitat i l'oportunitat: la inserció de l'oportunitat en el control de la legalitat enriquiria aquest control, tal com es recull en l'obra de BOUSTA.¹²

Hem de destacar la definició que de la bona administració ha fet el Síndic de Greuges de Catalunya:

«una bona administració és la que informa, la que escolta i la que respon, la que actua de manera transparent, la que impulsa la participació dels ciutadans, la que gestiona amb rigor i la que assumeix plenament les seves responsabilitats».¹³

Cal observar com aquesta definició, tot i que els seus elements poden reflectir sengles exigències legals, posa èmfasi en l'aspecte de l'actitud o el tarannà, més que no pas en l'aspecte legal o formal de l'activitat administrativa. Destaca, en aquest sentit, la utilització dels temps verbals i l'apel·lació a accions com la d'*impulsar* o *assumir plenament*. Això també és coherent amb la funció institucional del Síndic, centrada de manera particular en els aspectes que comporten elements afegits als estrictament legals.¹⁴

4. El dret a una bona administració: pretext de la voluntat de transformacions?

Arribats a aquest punt es pot plantejar una certa paradoxa: el dret europeu, que sempre ha actuat en un context de nocions materials i d'exigència de mesures realment efectives per aconseguir determinades finalitats, per sobre d'ele-

11. *Vid.* En aquest sentit les interessants reflexions de PONCE i SOLÉ, « El derecho a una buena administración... », *op. cit.*, pp. 228-229.

12. BOUSTA, Rhita, *Essai sur la notion de bonne administration en Droit Public*, L'Harmattan, París, 2010, pp. 373-378 i 378 ss.

13. Síndic de Greuges de Catalunya, *Codi de Bones Pràctiques Administratives. Recopilació de bones pràctiques suggerides pel Síndic a les administracions*, Barcelona, 2009, p. 6.

14. *Vid.* en aquest sentit la p. 7 del document esmentat.

ments formalistes, ha consagrat un dret a la bona administració en l'article 41 CDFUE, en uns termes que no representen novetats essencials en relació amb el que fa temps preveuen les lleis espanyoles, fins i tot en algun cas preconstitucionals: audiència, accés a l'expedient, obligació de motivar i dret a la reparació dels danys causats. Un dret a la bona administració que, però, a l'hora de ser interpretat a Espanya, es fa amb un especial èmfasi en el contingut d'un principi que vagi més enllà del que representa el compliment de les lleis i que ultrapassa clarament l'àmbit de qüestions recollides en l'article 41 CDFUE.

Una de les sorpreses que es poden produir en l'establiment de la recepció d'aquest dret a Espanya és la diversitat de continguts dels preceptes que el recullen, fins i tot entre normes d'igual rang, com és el cas dels estatuts d'autonomia.¹⁵ A més d'elements com els recollits a l'article 41 CDFUE, hi apareixen temes tan diversos com la proporcionalitat de l'actuació administrativa, la participació dels ciutadans, l'obtenció d'informació, la protecció de dades personals, l'accés a l'ocupació pública, o la formulació de queixes.

Però, sobretot, des del punt de vista qualitatiu, cal destacar que la bona administració ha representat un motiu gràcies al qual s'ha actualitzat el llenguatge i l'enfocament de les lleis més recents, especialment en l'àmbit autonòmic, que regulen l'actuació administrativa i que han significat una renovació, en major o en menor mesura, del plantejament de les relacions amb els ciutadans. Potser l'exemple més clar en aquest sentit ve donat per la Llei de les Illes Balears 4/2011, de 31 de març, de la bona administració i del bon govern, que en la seva exposició de motius destaca el pas d'un tipus d'organització «especialment preocupada per la imparcialitat i l'aplicació objectiva de la llei i per la preservació de l'ordre públic i del jurídic» a un altre «més centrat en el desenvolupament de nous serveis en el marc de l'estat del benestar». El títol primer d'aquesta llei inclou com a elements de la bona administració l'accessibilitat, l'administració electrònica i la simplificació; la transparència en la gestió i els sistemes de gestió i la qualitat de les organitzacions i dels serveis públics.

La idea de la reorientació cap al paper central del ciutadà en la regulació administrativa resta palesa en l'exposició de motius de la Llei de Castella i Lleó 2/2010, d'11 de març, *de derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración de la Comunidad de Castilla y León y de gestión pública*, en què es diu que el precepte que reconeix el dret a una bona administració «*impone un replanteamiento del estatuto jurídico de las personas cuando se relacionan con los*

15. Es poden comparar per exemple els articles 30, 31 i 12, respectivament, dels Estatuts d'autonomia de Catalunya de 2006, d'Andalusia de 2007 i de Castella i Lleó de 2007.

servicios administrativos, convirtiendo lo que hoy son disposiciones organizativas en derechos subjetivos».

En casos com aquests observem l'important rol de la formulació de drets dels ciutadans com a mecanisme d'impuls de la modernització o reforma administrativa que, de manera general, ja s'havia detectat en l'evolució de l'Administració espanyola en la Llei 30/1992 i també en la Llei 11/2007, d'accés electrònic als serveis públics.¹⁶

D'altra banda, la Llei de Catalunya 26/2010, del 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya, en el seu article 22, amplia de manera notable els continguts inclosos en el dret a una bona administració en relació amb l'article 30 EAC, tot dedicant especial atenció a la necessitat de fomentar els processos de participació ciutadana en les actuacions administratives. Aquest precepte, però, ha estat valorat com una oportunitat desaprovechada d'haver incorporat elements destacables.¹⁷

Cal també indicar que la garantia del dret a una bona administració ha estat pres com a element determinant de l'elaboració d'algun codi de conducta de les administracions públiques,¹⁸ codis la naturalesa dels quals planteja una sèrie de problemes en els quals aquí no entrarem.

5. El dret a una bona administració com a oportunitat per a la introducció de vectors sensibles de transformació

Tenint en compte el que s'acaba d'indicar, podríem formular una hipòtesi. El dret a una bona administració és producte d'un llarg procés de decantació en el dret europeu, les exigències molt variades de fons del qual queden clarament plasmades en el Codi europeu de bona conducta administrativa de l'any 2005, que concreta a la pràctica el dret a una bona administració de l'art. 41 CDFUE. Malgrat que el contingut d'aquest precepte bé podria ser equiparat a les previsions de les lleis de procediment d'Espanya, amb més tradició codificadora que en el cas d'altres països, hi ha la consciència que no és suficient amb una mera apel-

16. *Vid.* MALARET i GARCIA, Elisenda, «La modernisation administrative en Espagne: entre l'élan de la réforme de l'État et la discontinuité de la réforme de l'administration», *Revue française de Droit Administratif*, maig – juny 2009, p. 612.

17. PONCE i SOLÉ, «El derecho a una buena administración...», *op. cit.*, pp. 247-249.

18. De manera explícita per exemple en el cas del Codi de conducta de la Comarca de Sobrarbe de maig de 2010 (p. 6).

lació al text de la llei. Són conegudes les interpel·lacions del dret europeu; però també les d'esferes internacionals d'àmbit més extens, com ara les de l'OCDE, en matèria de qualitat de la regulació, que han posat èmfasi en l'excessiu formalisme o legalisme de la cultura administrativa espanyola, amb mancances destacades a nivell de supervisió efectiva del compliment de les normes, de determinació dels seus efectes pràctics, o d'existència d'elements o paràmetres concrets per tal de fer possible la millora efectiva dels processos de decisió.¹⁹

Un context en el qual, doctrinalment, ja s'ha remarcat la necessitat de superar antics paradigmes del procediment administratiu en benefici d'una bona administració, com a mecanisme efectiu de comprensió del procediment administratiu, com a institució que possibilita l'adopció de decisions de qualitat,²⁰ una bona administració que situa, així, en el centre d'atenció, la qüestió del *mandat de ponderació diligent*²¹ i que apel·laria, doncs, de manera precisa, al bon ús dels mitjans en mans de l'Administració, a una *adaptació equilibrada dels mitjans* dels quals disposa.²²

No és casual, doncs, que algunes reformes normatives, al fil del desenvolupament del dret a una bona administració, optin per la creació, per exemple, de guies metodològiques d'aplicació en matèria d'elaboració i revisió de disposicions normatives i de simplificació i racionalització dels procediments.²³

La bona administració, impregnada de totes les exigències de fons que obliguen a revisar l'efectivitat de l'aplicació de les garanties formals i jurídiques de l'ordenament espanyol seria, doncs, l'ocasió per tal d'impulsar elements de canvi que afecten dimensions especialment resistents, ateses les particularitats del nostre passat més immediat. No és casual, tampoc, en aquest sentit, que alguna disposició com la Llei de Galícia 4/2006, de 30 de juny, *de transparència e de boas pràctiques na Administración pública galega*, molt centrada en aspectes vinculats a la transparència en àmbits com els contractes públics i l'activitat de foment, explícit en el seu preàmbul que les seves mesures «*contribuirán a facer máis efectivo o dereito a unha boa administración*».

19. En aquest sentit, es pot veure OCDE, *La réforme de la réglementation en Espagne. La capacité du gouvernement à produire des réglementations de grande qualité*, 2000, pp., entre d'altres, 15, 27, 33, 44 i 45.

20. Vid. PONCE SOLÉ, Juli, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido...*, *op. cit.*, pp. 45-211.

21. PONCE i SOLÉ, «El derecho a una buena administración...», *op. cit.*, p. 241.

22. BOUSTA, *Essai sur la notion...*, *op. cit.*, p. 219

23. Article 7 del Decret 43/2010, de 7 d'octubre, de Castella i Lleó, de mesures de millora en la qualitat normativa.

En aquest sentit, podríem identificar uns nuclis concrets de transformacions que han de lluitar contra fortes inèrcies històriques i que haurien trobat en el dret a una bona administració un context idoni i un pretext oportú d'impuls: la confiança, més enllà de la seguretat jurídica; la transparència, més enllà de la publicitat formal; la independència, més enllà de la imparcialitat; la qualitat i la proactivitat, més enllà de la legalitat; i la responsabilitat plena, més enllà de la garantia patrimonial.