

CAPÍTULO V

El arraigo territorial como medida en la contratación pública y en la actividad de fomento para la lucha contra la despoblación

Ignacio Calatayud Prats

Doctor en Derecho.

Profesor de Derecho Administrativo CUNEF Universidad

SUMARIO. **1. Introducción.** **2. Contratación pública, arraigo territorial y despoblación.** 2.1. Arraigo territorial, contratación del sector público y derecho de la competencia. 2.2. Despoblación, arraigo territorial y contratación del sector público. 2.2.1. *Despoblación como razón imperiosa de interés general.* 2.2.2. *Despoblación, arraigo territorial y objeto del contrato.* 2.2.3. *Despoblación, arraigo territorial y principio de proporcionalidad.* **3. Actividad de fomento, despoblación y arraigo territorial.** 3.1. Ayudas de Estado y derecho comunitario. 3.2. Ayudas de Estado regionales permitidas por la UE. 3.3. Subvenciones, despoblación y arraigo territorial. **4. Bibliografía.**

1. Introducción

Tal y como señalan las Directrices Generales de la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico aprobadas en el Consejo de Ministros de 29 de marzo de 2019, la evolución demográfica en España presenta aspectos negativos y, en concreto, la pérdida de población de buena parte de nuestro territorio, la baja densidad y la caída de la natalidad, lo que supone un desafío para la sostenibilidad de nuestro Estado del bienestar que puede poner en riesgo la cohesión social, la vertebración territorial y nuestro modelo de convivencia.

Precisamente, uno de los objetivos básicos de la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico es el de garantizar el principio básico de la igualdad de oportunidades y en el ejercicio de los derechos de las personas en todo el territorio, sin discriminación por lugar de residencia. La fijación de población en el territorio requiere convertirlo en un espacio de oportunidades, que aproveche los recursos locales a través de la generación de actividad económica, el fomento del emprendimiento y el aprovechamiento del talento asociado al entorno. La mejora de la competitividad y de la funcionalidad de todo el territorio implica que el medio rural sea más atractivo para el asentamiento de población.

Dentro de las líneas de acción para conseguir los objetivos establecidos en la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico se establecen, por tanto, el asentamiento y la fijación de población en el medio rural, fomentando la reputación de estas áreas con la llegada de nuevos perfiles profesionales, y facilitando nuevas formas de arraigo y vínculo que generen actividad y empleo en el territorio¹.

No cabe duda de que la contratación y la actividad de fomento son herramientas que ostentan las Administraciones públicas para, mediante medidas de discriminación positiva, tratar de fijar población en las zonas despobladas².

La desigualdad generada en los territorios en los que existe despoblación perjudica derechos e intereses legítimos de las personas que residen en los mismos, o que pretenden residir en los mismos, atentando contra el principio de igualdad, que nuestro ordenamiento jurídico consagra en el artículo 14 de la Constitución Española o en los artículos 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea³.

1. El Informe “Zonas escasamente pobladas y regiones con baja densidad de población”, realizado por EPRS (Servicio de Estudios del Parlamento Europeo), de septiembre de 2016, pp. 6 a 8, destaca la desigualdad a la que se enfrentan dichas zonas; en concreto, considera: “Los miembros más jóvenes de la sociedad prefieren emigrar hacia las ciudades y regiones con una actividad económica más dinámica en busca de mejores perspectivas de empleo, ya que, en la mayoría de estos territorios, las oportunidades profesionales siguen siendo limitadas y se circunscriben a sectores específicos (por ejemplo, agricultura y turismo). Como consecuencia de ello, la economía local se estanca debido a la pérdida de mano de obra activa y la falta de nuevas iniciativas empresariales”.

2. Ya en su momento el Informe de la Junta Consultiva de Contratación de Aragón 1/2006, de 14 de diciembre, señalaba: “la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí mismo, sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, la contratación puede y debería ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos”.

3. Como indica Burzaco Samper (2019: 6-7): “Así las cosas, la igualdad real requiere tomar en consideración las dispares posiciones de partida, propiciando elementos correctores que per-

De este modo, la desigualdad existente demanda una actuación de los poderes públicos en favor de aquellos colectivos o sectores más desfavorecidos, para darles ventaja, prioridad o cualquier tipo de preferencia, imponiendo de esta manera un reequilibrio que de forma natural no se alcanza.

2. Contratación pública, arraigo territorial y despoblación

2.1. Arraigo territorial, contratación del sector público y derecho de la competencia

Este trabajo se realiza desde una visión práctica y con un enfoque claramente municipalista, y —ya adelantamos— considera que es viable jurídicamente no solo el establecimiento de requisitos y condiciones de arraigo territorial para evitar la despoblación —fijando población en los municipios despoblados—, sino incluso la reserva de contratos conectados con los territorios despoblados.

Por “arraigo territorial”⁴ se entiende la posibilidad de reservar determinados contratos del sector público a empresas que se localicen en el área geográfica del poder adjudicador, o la posibilidad de establecer requisitos de solvencia, criterios de adjudicación o condiciones de ejecución de contratos del sector público que establezcan una preferencia en consideración al origen, la sede, el domicilio social o cualquier otra conexión con un territorio determinado.

Se trata de normas, cláusulas o requisitos que establecen una discriminación directa o indirecta en favor de aquellas empresas que

mitan que los fondos que maneja el sector público en su actividad contractual se repartan más equitativamente. Factores de corrección que no han de resultar extraños en el marco del art. 9.2 CE, ‘texto memorable’ que obliga a los poderes públicos a ‘promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integre sean reales y efectivos; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social’. Desde esta perspectiva no es extraño que ‘estrategias’ de muy diversa adjetivación se acojan a la contratación pública como un instrumento adecuado para la consecución de objetivos de interés general de incuestionable trascendencia. La más relevante, sin duda, es la Estrategia Europea 2020, no sólo porque destaca el papel clave de la contratación pública, sino porque se erige en el marco integrador de los fines de interés general que se encuentran en la base de la contratación pública estratégica”.

4. Tal y como señala el Informe 10/2021, de 18 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, asunto: Anteproyecto de Ley de dinamización del medio rural de Aragón: “Se trata de una cláusula habitual en muchos pliegos, que pretende favorecer la implantación territorial de empresas, dar ventaja o primar a aquellas de un origen local determinado frente a cualquier otro licitador, ya sea exigiendo tener sede social, almacenes, o recursos en una localidad concreta, así como cualquier otra condición relevante vinculada a un territorio, guarde o no relación con el objeto del contrato. Se puede encontrar esta cláusula entre las prescripciones técnicas, criterios de adjudicación, condiciones especiales de ejecución, adscripción de medios, o incluso en la solvencia económica o técnica”.

En la doctrina puede verse la definición dada por Lazo Vitoria (2023: 2).

tengan una conexión con el territorio en el que ejerce sus competencias el poder adjudicador, estableciendo criterios que primen y favorezcan el lugar de establecimiento, de residencia o el domicilio del empresario o de sus trabajadores, el lugar de producción del suministro que se pretende adquirir, etc.

El problema que generan los criterios o requisitos que priman el arraigo territorial es que los mismos chocan con los principios fundamentales que rigen la contratación pública y el derecho de competencia, y que son la prohibición directa o indirecta de discriminación e igualdad de trato de los licitadores y la libre competencia, razón por la cual los mismos, como veremos, están prohibidos salvo que estén claramente justificados por razones imperiosas de interés general y que respeten, en todo caso, el principio de proporcionalidad.

En este sentido, si hay un dato que caracterice a las directivas comunitarias sobre contratación, y a la legislación nacional que las transpone y desarrolla, es su reiterada e insistente proclamación de los principios de prohibición de efectos discriminatorios, de igualdad de trato, de publicidad, de libre competencia y competencia, y de vinculación a la mejor oferta en la fase de adjudicación de los contratos públicos⁵.

5. Así lo indicaba el Libro Verde sobre la contratación pública: "La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro" (Comisión, 27 de noviembre de 1996), al afirmar: "Los objetivos fundamentales de la política de contratación pública de la Unión son: la creación de las condiciones de competencia necesarias para que no haya discriminación en la adjudicación de contratos, la utilización racional del dinero público a través de la selección de la mejor oferta presentada, el acceso de los suministradores a un mercado interior que ofrece oportunidades importantes y el refuerzo de la competitividad de las empresas europeas".

Del mismo modo, tal y como señala la STJUE de 2 de junio de 2016, asunto C-27/15, Pippo Pizzo: "36. Sobre este particular, es preciso recordar, por un lado, que el principio de igualdad de trato obliga a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implica, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores. Por otro lado, el objetivo de la obligación de transparencia, que constituye su corolario, es garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador. Esta obligación implica que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, en segundo lugar, el poder adjudicador pueda comprobar efectivamente que las ofertas de los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de noviembre de 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, apartado 44 y jurisprudencia citada)".

Finalmente, como indica Lazo Vitoria (2023: 5-6): "las Directivas europeas de contratación de 2014 así como las normas nacionales de transposición: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación en determinados sectores (RD-ley 3/2020), consagran de forma transversal los principios de publicidad, igualdad, no discriminación y libre competencia.

Así, el artículo 18 de la *Directiva 2014/24/UE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre *contratación* pública, que establece los principios de la contratación, indica lo siguiente:

“1. Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada.

La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos”.

Del mismo modo, y como no podía ser de otra forma, el artículo 1 de la Ley de Contratos del Sector Público establece que la misma tiene como finalidad:

“[...] regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

Sin duda alguna, se puede afirmar que en muchos de los supuestos en los que se establecen reservas, requisitos o criterios de arraigo territorial existe o subyace un claro afán proteccionista que pretende privilegiar la adjudicación de los contratos con el fin de proteger la economía y el empleo local. Ahora bien, no es menos cierto que la reserva o el establecimiento de requisitos y condiciones de arraigo territorial puede y debe servir para alcanzar objetivos de carácter social como es evitar la despoblación, fijando población en los territorios despoblados.

En principio, por tanto, la exigencia de arraigo territorial en la contratación pública vulnera el principio de no discriminación, la igualdad de trato y la

El caso es que sobre dicha estructura de libertades y principios se asienta toda la arquitectura de la contratación del sector público y consecuentemente las cláusulas de arraigo territorial resultan lógicamente proscritas”.

libre concurrencia, si bien las condiciones de arraigo territorial podrían estar justificadas si concurren razones que justifiquen la excepción, y siempre que las medidas adoptadas limitativas de la concurrencia respeten el principio de proporcionalidad.

Precisamente, si bien se puede afirmar que en materia de contratación pública los principios de no discriminación, igualdad de trato y libre concurrencia son la regla general, también se puede afirmar que si se dan determinados requisitos es posible excepcionar los mismos, mediante el establecimiento de cláusulas de arraigo territorial, en aras de una discriminación positiva⁶ con el objetivo de fijar población en las zonas despobladas y luchar contra el desempleo existente en las mismas.

Así lo señala la importante y citada Sentencia del TJUE de 27 de octubre de 2005 (asunto C-234/03), caso Conste contra el INSALUD, en la que se resuelve una cuestión prejudicial interesada por la Audiencia Nacional acerca de si es viable incluir, en los pliegos de un contrato de prestaciones de servicios sanitarios, requisitos de solvencia que obligan a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de oficina abierta al público en la capital de la provincia en la que se prestará el servicio, y, por otra parte, si es viable introducir criterios de valoración de las ofertas que, a efectos de atribuir puntos adicionales, tienen en cuenta la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones propias de producción, de acondicionamiento y de envasado del material contratado, situadas a menos de 1000 km de la citada provincia, o de oficinas abiertas al público en determinadas localidades de esta, y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que prestaba anteriormente el servicio de que se trata⁷.

6. Como indica Burzaco Samper (2019: 9-10): "Algunas de las previsiones de la LCSP recogen figuras de discriminación inversa, positiva o cualesquiera denominaciones con que suelen conocerse. La base de las mismas se halla también en el principio de igualdad, aunque esta vez como excepciones o reglas especiales cuya finalidad última pasa por remover obstáculos que, de otro modo, serían difícilmente salvables. Así, el principio de igualdad entre licitadores es muy razonable, pero sin elementos correctores posiblemente beneficie a empresas fuertes en detrimento de fórmulas empresariales de impronta social que, por sus especiales características, no pueden competir en las mismas condiciones. Por otro lado, el desempleo de personas con discapacidad y/o de aquellas en riesgo de exclusión social constituye un problema de primer orden que compromete a un porcentaje relevante de la población¹³ y, en tal medida, centra todas las políticas públicas dirigidas a estos colectivos, incluyendo la vía que ofrece la contratación pública".

7. La cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional es la siguiente: "¿Se oponen las normas de los artículos 12, 43 y siguientes y 49 y siguientes del Tratado CE, así como el apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 92/50 [...], a la inclusión en los pliegos de condiciones y cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen los concursos públicos sobre terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida de: 1º)

Pues bien, la importancia de la sentencia radica en que establece y sistematiza los requisitos que tienen que concurrir para considerar que una cláusula o requisito de arraigo territorial no es contraria a la prohibición de discriminación y a la libre concurrencia. De este modo, el TJUE considera que el arraigo territorial es viable siempre que tales criterios se apliquen de manera no discriminatoria, estén justificados por razones imperiosas de interés general, sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo⁸.

En el caso concreto, entiende el TJUE lo siguiente:

“25 Es preciso recordar, como han hecho todas las partes que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia, que, con independencia de lo dispuesto en el artículo 46 CE y según reiterada jurisprudencia, las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 CE y 49 CE: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véanse las sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I-1663, apartado 32; de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. p. I-4165, apartado 37, y de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, C-243/01, Rec. p. I-13301, apartados 64 y 65). (...)

79. De las consideraciones anteriores se desprende que el artículo 49 CE se opone a que una entidad adjudicadora incluya en el pliego de condiciones de un contrato público de prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida, por una parte, un requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la capital de la provincia en la que debe prestarse el servicio y, por otra, unos criterios de valoración de las ofertas que, a efectos

requisitos que condicionen la admisión de las empresas al hecho de que las mismas dispongan previamente de oficinas abiertas al público en la provincia o en la capital de la provincia en que se haya de prestar el servicio; 2º) criterios de adjudicación que [favorezcan las ofertas presentadas por empresas que: a) dispongan de instalaciones propias de producción, de acondicionamiento y de envasado de oxígeno situadas en un radio de 1.000 km contados desde la capital en que se haya de prestar el servicio]; b) dispongan previamente de oficinas abiertas al público en determinadas localidades de la misma provincia o; c) vinieran gestionando con anterioridad el servicio?”.

8. Cfr. Junceda Moreno, J. (2022).

de atribuir puntos adicionales, toman en consideración la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones propias de producción, de acondicionamiento y de envasado de oxígeno situadas a menos de 1.000 km de la citada provincia o de oficinas abiertas al público en determinadas localidades de ésta y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata, en la medida en que tales criterios se apliquen de manera discriminatoria, no estén justificados por razones imperiosas de interés general, no sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen o vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo”⁹.

Por lo tanto, de la jurisprudencia del TJUE se desprende que las cláusulas de arraigo territorial en materia de contratación no están prohibidas, al contrario, están permitidas siempre que las mismas estén justificadas por razones de interés general, y que la limitación a la concurrencia sea proporcional al fin perseguido¹⁰.

9. En el caso concreto, el TJUE entendió que la exigencia de una oficina no vulneraba el principio de no discriminación, al considerar que el criterio en cuya virtud se atribuyen puntos adicionales si el licitador dispone de oficinas abiertas al público en algunas ciudades de la provincia en las que se prestará el servicio se aplica indistintamente a toda empresa que desee presentar una oferta. Del mismo modo, entiende que existe una razón imperiosa de interés general, pues el requisito se introdujo para garantizar mejor la vida y la salud de los pacientes. Por el contrario, considera que la medida no cumple con el principio de proporcionalidad y no está relacionada con el objeto del contrato, razón por la cual la declara contraria a derecho.

10. En el mismo sentido que el TJUE se pronuncia, como no podía ser de otro modo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en las resoluciones 644/2015, de 10 de julio, y 955/2015, de 19 de octubre, en las que se determina que toda medida de arraigo territorial, como toda excepción de los principios generales de no discriminación y libertad de concurrencia, si bien es posible, deberá interpretarse de forma restrictiva y de manera que la medida resulte proporcional a los fines que la justifican. En concreto, se señala: “[...] los preceptos transcritos no constituyen sino una concreción de los principios que para la contratación pública establece el artículo 1 del TRLCSP y la Directiva 2004/18/CE -en su artículo 23- (artículo 42 de la vigente Directiva 2014/24/UE), y derivan del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En particular son los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. [...] resulta conveniente aclarar que resulta indiferente que la exigencia de una oficina, almacén, centro de trabajo o establecimiento, una delegación o un delegado sea exigible como un requisito de solvencia, una obligación de adscripción de medios materiales, un criterio de valoración de las ofertas o bien, como es el caso de este expediente, exigirla como una prestación del contrato. Cualquiera que fuera la forma en la que la Administración contratante configure una medida discriminatoria o innecesaria para alcanzar los fines que se pretenden mediante el contrato o desproporcionada para ello, vulnera los principios aplicables a la contratación pública, bien sea la necesidad de un trato igual y no discriminatorio, la libertad de acceso a las licitaciones o la concurrencia. En todo caso, la exigencia o la consideración a todos los efectos de un arraigo territorial de las empresas supone una limitación de la concurrencia y la libertad de acceso que debe encontrar su justificación en la naturaleza del contrato y la necesidad que éste satisface. Como toda excepción de los principios generales deberá interpretarse de forma restrictiva y así de manera que la medida re-

Es importante señalar, sin embargo, que las juntas consultivas de contratación y los distintos tribunales administrativos de recursos contractuales han sido, con carácter general y salvando algunas excepciones, bastante más restrictivos que el TJUE a la hora de valorar la viabilidad del establecimiento de requisitos, criterios de adjudicación o condiciones de ejecución que supongan o primen el arraigo territorial.

De hecho, lo normal es que las resoluciones administrativas que contestan a consultas o resuelven impugnaciones de pliegos señalen que el arraigo territorial está prohibido como requisito de solvencia o criterio de adjudicación, y permitido siempre que sea proporcional y guarde relación con el objeto del contrato, como condición de ejecución.

Así, por ejemplo, se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el Informe 9/09, de 31 de marzo¹¹, cuando, ante

sulte proporcional a los fines que la justifican. En definitiva el ajuste a los principios enunciados de una determinada prestación como la presencia de una oficina o almacén en un mismo lugar o en un sitio o localidad próxima a la que se preste el servicio debe apreciarse en cada caso concreto, y de esta evaluación resultará si la prestación es un elemento esencial, necesario, conveniente, accesorio o innecesario en consideración al objeto del contrato”.

11. El objeto de la Consulta era el siguiente: “La Junta de Gobierno Local, reunida en sesión de 1 de diciembre de 2.008, aprobó el Pliego de Cláusulas Administrativas y convocatoria de licitación mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de obras de urbanización de la calle Mediavilla. Se presentó por la XX, documento de alegaciones frente al mismo, solicitando la suspensión de la licitación, así como la anulación de la cláusula 34 del Pliego en lo referido al criterio c) de adjudicación, relativo al ‘conocimiento empresarial de la zona’; en tanto que a su entender tal criterio de adjudicación contraviene los principios de libre concurrencia, igualdad y no discriminación a los que se encuentra sometida la contratación pública, considerando asimismo que dicho criterio no está vinculado al objeto del contrato, siendo a su entender un criterio subjetivo. Se fijan como criterios de adjudicación los siguientes: a) Precio: 60% b) Plazo de ejecución: 20% c) Conocimiento empresarial de la zona 20%. En concreto el CRITERIO C: conocimiento empresarial de la zona (con una valoración de hasta 20 puntos) valora el conocimiento empresarial de cada licitador en relación con el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de La Rioja, valorándose, como circunstancia que permite un mejor conocimiento de la realidad social y empresarial donde se ejecuta la obra, aquellas ofertas que evidencien que las empresas licitadoras tienen su domicilio social o delegación permanente en La Rioja, de acuerdo con el siguiente baremo: 1 a) Empresas con domicilio social en La Rioja: 20 puntos. b) Empresas con delegación permanente en La Rioja: 10 puntos. c) Empresas sin domicilio social ni delegación permanente en La Rioja: 0 puntos. La justificación de este último criterio dicho criterio en el hecho de que en la actual coyuntura económica se debe evitar potenciar las contrataciones con empresas no erradicadas en la zona que suelen ser más proclives o tendentes a dejar impagados en los subcontratistas de la localidad, puesto que con más probabilidad pueden no volverlos a contratar. A esta conclusión se llegó tras haber padecido durante el año 2.008 varios expedientes de reclamaciones de los subcontratistas de la zona por impagados de empresas contratistas erradicadas fuera de la Comunidad Autónoma de La Rioja, que a consecuencia de dichas malas relaciones con los subcontratistas por no afrontar los pagos, produjeron considerables retrasos y problemas en la ejecución de las obras (por ejemplo no se entregan a tiempo los distintos informes de instalaciones, electricidad, ascensores, calefacción, etc., porque no se ha pagado a tiempo a esos instaladores subcontratados por el contratista principal, con lo que la obra no se puede recibir a tiempo)”.

un criterio de adjudicación que primaba el arraigo territorial, concluyó lo siguiente:

“1. El origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público. 2. Igualmente no pueden ser utilizadas como criterio de valoración circunstancias que se refieran a alguna de las características de la empresa señaladas en la conclusión anterior”¹².

En términos similares se pronuncian las resoluciones de distintos tribunales administrativos contractuales de comunidades autónomas, como el de Andalucía, que señala en su Resolución 124/2018, de 4 de mayo, y otras, la prohibición de cláusulas de arraigo en solvencia y criterios de adjudicación. Así, indica lo siguiente:

“[...] procede manifestar que el objeto de la controversia recae sobre un criterio de adjudicación que valora ‘el arraigo territorial’, sobre esta

12. El cuerpo del informe fundamenta que dicho criterio de adjudicación basado en el arraigo territorial no solo era discriminatorio, sino que, además, no estaba vinculado al objeto del contrato. En concreto, indicaba: “3. Queda por resolver la cuestión relativa a si la implantación de las empresas en un territorio puede ser utilizada como criterio discriminatorio a la hora de valorar las ofertas. Es decir que las presentadas por empresas que tengan un determinado arraigo en la localidad (domicilio, delegación u otro cualquiera), obtengan una bonificación en la valoración de sus ofertas por esta sola circunstancia. Diversas consideraciones deben hacerse al respecto. En primer lugar, el principio no discriminatorio que la Directiva 2004/18/CE consagra y que nuestra Ley expresamente recoge, según hemos visto en el punto anterior, en su artículo 1. Este principio, además, y con aplicación directa ya a los procedimientos de adjudicación está expresamente recogido también en el artículo 123 de la misma Ley, de conformidad con el cual ‘Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia’. Esta sola declaración pone ya de manifiesto hasta qué punto no está permitido discriminar las ofertas por razón de las características que pueda tener cada una de las empresas licitadoras, en este caso su domicilio social o su especial arraigo en una determinada localidad o territorio. Si esta circunstancias no fuera suficiente a la hora de dejar clara la improcedencia de utilizar criterios de adjudicación que supongan discriminación entre las empresas por razón del motivo mencionado, debe tenerse en cuenta además lo dispuesto en el apartado primero del artículo 134 de la Ley de acuerdo con el cual ‘para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato...’. Esta exigencia de la vinculación directa con el objeto del contrato, es decir la prestación, es decisiva a la hora de determinar qué criterios se pueden utilizar en la valoración de las ofertas. En efecto la vinculación directa exige que el criterio de valoración afecte a aspectos intrínsecos de la propia prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de ejecución o a las consecuencias directas derivadas de la misma. No puede afectar a cuestiones contingentes cuya alteración en nada altere ni la forma de ejecutar la prestación ni los resultados de la misma. Tal es el caso del supuesto previsto en los pliegos de cláusulas administrativas a que se refiere la consulta, pues las circunstancias referentes al origen o lugar en que la empresa realiza preferentemente sus actividades en nada influye ni en la prestación misma, ni en sus resultados. En consecuencia es una cuestión puramente accidental, lo que impide considerarla como directamente vinculada al objeto del contrato”.

cuestión ya se ha pronunciado este Tribunal en multitud de ocasiones (v.g. Resoluciones 115/2013 y 116/2013, de 3 de octubre, 356/2015, de 22 de octubre, 84/2017, de 2 de mayo y 217/2017, de 26 de octubre, 256/2017 de 24 de noviembre), en todas ellas, acerca de la prohibición de establecer previsiones en los pliegos que pudieran impedir la participación en las licitaciones o que supusieran permitir la obtención de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas a determinadas entidades, si estas circunstancias se fundan únicamente en razones de arraigo territorial, declarando la nulidad de este tipo de cláusulas. [...] Del contenido de estos pronunciamientos resulta evidente que los criterios de arraigo territorial no pueden ser tenidos en cuenta, ni como requisitos de solvencia ni como criterios de adjudicación, pues ello resulta contrario a Derecho y, en tanto que son discriminatorios y contrarios al principio de igualdad, vician de nulidad las cláusulas que los permitan, salvo que las mismas estén justificadas por razones de interés general”.

Del mismo modo, es preciso señalar que la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM)—que tiene por objeto garantizar la libre concurrencia y competencia y la libertad de establecimiento, de circulación y de prestación de servicios, con el fin de crear un entorno favorable a la competencia¹³— prohíbe en su artículo 3 cualquier actuación administrativa que tenga como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico¹⁴, y considera en su artículo 18.2, letra a), que son requisitos discriminatorios para la adjudicación de contratos públicos, basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador, los siguientes:

“1.º que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio.

13. Tal y como indica el preámbulo de la Ley 20/2013, en la elaboración de la misma se ha tenido en cuenta la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, también conocida como “Directiva de Servicios”, y la profusa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los principios de necesidad y proporcionalidad, el principio de eficacia nacional y el principio de no discriminación.

14. El artículo 3 de la LGUM prevé: “Todos los operadores económicos tendrán los mismos derechos en todo el territorio nacional y con respecto a todas las autoridades competentes, sin discriminación alguna por razón del lugar de residencia o establecimiento. Ninguna disposición de carácter general, actuación administrativa o norma de calidad que se refiera al acceso o al ejercicio de actividades económicas podrá contener condiciones ni requisitos que tengan como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico”.

- 2.º que el operador haya residido u operado durante un determinado periodo de tiempo en dicho territorio.
- 3.º que el operador haya estado inscrito en registros de dicho territorio.
- 4.º que su personal, los que ostenten la propiedad o los miembros de los órganos de administración, control o gobierno residan en dicho territorio o reúnan condiciones que directa o indirectamente discriminen a las personas procedentes de otros lugares del territorio.
- 5.º que el operador deba realizar un curso de formación dentro del territorio de la autoridad competente”.

En definitiva, la Ley 20/2013 considera que la unidad de mercado, la no discriminación y la libre competencia pueden verse afectadas negativamente si se establecen requisitos de arraigo territorial en la contratación pública.

Incide en ello el documento elaborado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) “Recomendaciones a los poderes públicos para una intervención favorecedora de la competencia en los mercados y la recuperación económica inclusiva”, cuando en su apartado 4.5, dedicado a velar por la neutralidad competitiva, evitando medidas proteccionistas, señala que la contratación pública no debe privilegiar el acceso a unos operadores frente a otros por condiciones subjetivas, y que todas aquellas previsiones que pudieran, basándose en razones de arraigo o vínculo territorial, favorecer la participación a ciertas empresas o mejorar su valoración sobre la base de tales criterios, deben ser consideradas restricciones injustificadas a la libre competencia y están prohibidas por la normativa vigente.

Ahora bien, la libre concurrencia y la libre iniciativa económica, tal y como señala la propia Ley de Unidad de Mercado, pueden limitarse, de forma excepcional, cuando exista una razón imperiosa de interés general que lo justifique, y cuando la limitación sea adecuada a dicha razón de interés general y sea asimismo la menos restrictiva posible.

En concreto, el artículo 5 de la LGUM establece lo siguiente:

“1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica”.

En definitiva, al igual que en la normativa de contratación, los requisitos, criterios o condiciones basados en arraigo territorial no contravienen la normativa de competencia, y en concreto la LGUM, si dicho criterio está justificado en una razón imperiosa de interés general y si la medida limitativa de la competencia resulta proporcional al fin que la justifica¹⁵.

En virtud de lo expuesto se hace preciso analizar si la lucha contra la despoblación puede incardinarse dentro de las razones imperiosas de interés general y si los requisitos de solvencia, los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución basados en el arraigo territorial establecidos en los pliegos de contratación son proporcionales a los fines pretendidos.

15. Así lo expresa la CNMC en el informe de 8 de febrero de 2022 sobre la reclamación presentada, al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, con referencia a los requerimientos de arraigo territorial y experiencia previa establecidos como criterios de adjudicación en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de un contrato de servicios de auditoría (Exp. UM/005/22). En concreto, dicho informe tiene por objeto estudiar la denuncia interpuesta por parte del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España (ICJCE) contra la exigencia de experiencia previa y arraigo territorial contemplados como criterios de adjudicación en el contrato de servicios de auditoría externa para la verificación de las cuentas anuales e informe de gestión de la empresa Aparcamientos Municipales y Gestión Vial de Ceuta S.A. Es objeto de reclamación la exigencia de arraigo territorial del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato, en el que se valora, como criterio de adjudicación, disponer de una oficina física en Ceuta. El reclamante considera que la exigencia de arraigo territorial es un criterio discriminatorio e injustificado, y que vulnera los artículos 3 y 5 de la LGUM.

Pues bien, la CNMC entiende: “Por su parte, respecto al requisito de arraigo territorial consistente en valorar como criterio de adjudicación, el disponer de una oficina física en Ceuta, tampoco en este caso, consta en el pliego ninguna razón que justifique su exigencia. Como se ha señalado anteriormente, este requisito únicamente estaría justificado cuando se refiera a la empresa adjudicataria -y no a las licitadora-, guarde relación con el objeto del contrato y resulte proporcionado; lo que no sucede en el presente caso generando, vulnerando, por tanto, no solo los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM, sino también el de no discriminación del artículo 3 de la misma Ley”. Y concluye afirmando: “1) El establecimiento de requerimientos de experiencia previa y arraigo territorial contemplados como criterios de adjudicación para las empresas licitadoras en el contrato de servicios de auditoría externa para la verificación de las cuentas anuales e informe de gestión de la empresa Aparcamientos Municipales y Gestión Vial de Ceuta S.A. constituyen restricciones de acceso y ejercicio a la actividad económica en el sentido del artículo 5 de la LGUM. 2) Dichas restricciones no han sido fundadas por la Administración reclamada en ninguna de las razones imperiosas de interés general del artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, ni se ha justificado la inexistencia de otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad afectada. Por ello, no habiéndose justificado ni la necesidad ni la proporcionalidad de las exigencias efectuadas, deben considerarse contrarias a los artículos 3 y 5 de la LGUM”.

2.2. Despoblación, arraigo territorial y contratación del sector público

En virtud de lo expuesto en los epígrafes anteriores debemos preguntarnos si medidas de arraigo territorial que tratan de fijar la población en determinados municipios con el fin de luchar contra la despoblación pueden establecerse como requisitos de solvencia, como criterios de adjudicación, como condiciones de ejecución o, incluso, dar lugar a una reserva de contratos para las empresas sitas o con residencia en las zonas despobladas¹⁶.

En concreto, debemos analizar si son viables jurídicamente criterios de adjudicación o condiciones de ejecución que primen la adjudicación del contrato a aquellas empresas que tengan en plantilla a trabajadores desempleados que residan en determinados municipios despoblados, o a aquellas empresas que tengan la residencia del empresario en determinado municipio despoblado, o a aquellas empresas que acrediten la existencia de locales en municipios despoblados.

Precisamente, como hemos comprobado, para que una medida de arraigo territorial sea viable en la contratación pública es necesario que la misma esté justificada por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, es decir, que respeten el principio de proporcionalidad.

Del mismo modo, para que una medida de arraigo territorial respete el derecho de la competencia debe estar justificada en una razón imperiosa de interés general¹⁷, y la medida limitativa de la competencia debe resultar proporcional al fin que la justifica.

Es necesario, analizar, por tanto, si una medida de arraigo territorial que pretenda luchar contra la despoblación supera los requisitos establecidos.

16. Un análisis de otras vías en la contratación pública para promover la lucha contra la despoblación puede verse en Betetos Agrelo (2002).

17. Cabe señalar que la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, recoge en su artículo 4, apartado 8, qué se entiende por razón imperiosa de interés general, en concreto: "razón imperiosa de interés general", razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural".

2.2.1. Despoblación como razón imperiosa de interés general

La contratación pública, en los últimos años, ha sufrido un cambio esencial. Así, se ha pasado de una contratación pública centrada exclusivamente en los ahorros presupuestarios —una contratación burocrática con una visión puramente hacendística¹⁸— a una contratación pública como herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Este cambio, que como vamos a ver es obligatorio, impone que la contratación pública se transforme y se convierta en una herramienta más que permita alcanzar objetivos sociales, ambientales o de investigación. Nace, pues, lo que se ha denominado una visión estratégica de la contratación pública. El principio de eficiencia, que subyace en toda la contratación pública, no puede ser analizado exclusivamente en virtud de criterios economicistas, sino que la eficiencia en la contratación debe tender a la consecución de objetivos de calidad —sociales, medioambientales— en la prestación del servicio¹⁹. La eficacia no solo se debe, por tanto, medir en función del ahorro, sino que, por el contrario, se ha de medir en función de la consecución de objetivos sociales y medioambientales.

Tal y como señala el considerando 2 de la Directiva 2014/24/UE (DCP), la contratación debe convertirse en uno de los instrumentos a utilizar para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (pymes) en la contratación pública, y debe permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes.

De indudable interés resulta, a los efectos del presente trabajo, la Comunicación de la Comisión Europea “Adquisiciones sociales — Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas — 2.ª edición” (2021/C 237/01), la cual pretende impulsar la contratación pública socialmente responsable. Según dicha Comunicación:

“La contratación pública socialmente responsable (CPSR) consiste en lograr resultados sociales positivos en los contratos públicos. [...] Más allá de las personas directamente afectadas, la CPSR puede influir en el mercado en general, tanto desde el punto de vista de la demanda como de la oferta.

18. Como indica Gimeno Feliu (2023): “Una inadecuada política de ‘ahorros desproporcionados’ puede perjudicar la eficiencia del sistema produciendo ineficiencias o ‘fuego amigo’, como la deslocalización empresarial con pérdida de esfuerzo inversión (lo que afecta directamente a una política esencial como es la de empleo”.

19. *Vid.* Gimeno Feliu (2017: 11).

Al comprar de manera inteligente, los compradores públicos pueden fomentar las oportunidades de empleo, la mejora de las capacidades y el reciclaje profesional de los trabajadores, el trabajo digno, la inclusión social, la igualdad de género y la no discriminación, la accesibilidad, el diseño universal y el comercio ético, y tratar de lograr un cumplimiento más amplio de las normas sociales. [...]

Con el fin de plantar cara a los retos sociales, las autoridades públicas deben redoblar sus esfuerzos para obtener buenos resultados en todos los aspectos de la sostenibilidad (sociales y éticos, medioambientales y económicos). Los compradores públicos son inversores importantes en Europa, ya que en la actualidad gastan el 14 % del producto interior bruto de la Unión Europea (UE). Si utilizan su poder adquisitivo para optar por bienes y servicios con resultados sociales positivos, pueden contribuir de manera fundamental al desarrollo sostenible. [...]

La contratación pública socialmente responsable (CPSR) tiene por objeto abordar la repercusión que los bienes, servicios y obras adquiridos por el sector público tienen en la sociedad. Reconoce que a los compradores públicos no solo les interesa comprar al menor precio posible u obtener la mejor relación calidad-precio posible, sino que también quieren garantizar que la contratación genere beneficios sociales y evite la aparición de efectos sociales adversos durante la ejecución del contrato o los mitigue. [...]

La CPSR puede ser una herramienta muy eficaz para promover el desarrollo sostenible y alcanzar objetivos sociales de ámbito internacional, nacional, regional o local. Considera la contratación pública como un instrumento estratégico para gastar el dinero público de manera eficiente y sostenible. Las consideraciones sociales pueden combinarse con criterios ecológicos y circulares y la contratación pública de soluciones innovadoras para así plantear la sostenibilidad en la contratación pública desde un enfoque más integral. [...]

[...] Para maximizar la repercusión de estos recursos en la recuperación, es fundamental alejarse de una lógica basada en la búsqueda del precio más bajo e introducir consideraciones relacionadas con la integración social, la igualdad, el empleo justo e inclusivo y los suministros éticos”.

La concepción de la contratación pública como una herramienta para la consecución de otros fines complementarios al principal de la provisión de bienes y servicios se constata en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), cuyo preámbulo reconoce como objetivo: “conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia

social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia. Todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la Ley, [...]”.

Esta transformación de la contratación pública, que se vislumbra a lo largo de los últimos años, en relación con la protección social, ha culminado con la consagración de la despoblación, el reto demográfico y la contratación pública sostenible como uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas. Objetivos ODS que, sin duda alguna, constituyen una razón imperiosa de interés general, que permite modular y justificar excepciones a los principios de la contratación pública como son la no discriminación y la libre competencia y competencia.

Precisamente, tal y como señalan las Directrices de la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico aprobadas en el Consejo de Ministros el 29 de marzo de 2019, la Agenda 2030 y la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico son dos caras de una misma moneda, dos perspectivas de un mismo proyecto de país. No se pueden cumplir los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) si no hay cohesión territorial, y no se puede afrontar el reto demográfico si no se trabaja, a medio y largo plazo, en el cumplimiento de los ODS. Por ello, la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico busca alinear sus objetivos y líneas de acción con los ODS, con la vista puesta en el cumplimiento de la Agenda 2030²⁰.

Es por ello que el artículo 1.3 de la LCSP indica lo siguiente: “En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente

20. A través de la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico se avanza en el cumplimiento de 7 ODS y 11 metas: ODS 1: Fin de la Pobreza. ODS 5: Igualdad de Género. ODS 8: Trabajo decente y crecimiento económico. ODS 9: Industria, Innovación e infraestructuras. ODS 10: Reducción de las desigualdades. ODS 16: Paz, Justicia e instituciones sólidas. ODS 17: Alianzas. Meta 10.3 a. Garantizar la funcionalidad de los territorios afectados por la despoblación y la baja densidad. Meta 8.2 b. Mejorar la competitividad y favorecer el desarrollo de nuevas actividades económicas y el fomento del emprendimiento. Meta 1.4 Favorecer el asentamiento y la fijación de población en el medio rural. b. – Apoyar la puesta en marcha de proyectos de desarrollo socioeconómico de jóvenes, que garanticen el relevo intergeneracional. Meta 5.5. Facilitar el desarrollo de proyectos que garanticen la libertad de residencia efectiva de las mujeres en el territorio. Meta 10.2 y 4 Garantizar las condiciones que favorezcan la crianza de los hijos, y que faciliten la equiparación de la natalidad al promedio de la Unión Europea. Meta 10.3 y 4 Asegurar la igualdad de oportunidades y la no discriminación de la infancia por ámbito de residencia y tipología familiar.

se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social”.

En este contexto de fomento de compra pública responsable, es donde la discriminación positiva, con medidas que pretenden evitar la despoblación, puede modular y justificar excepciones a los principios de la contratación pública, como son la no discriminación y la libre concurrencia y competencia²¹.

Podemos afirmar que la lucha contra la despoblación, como política social, es una razón imperiosa de interés general que permite y justifica la introducción de requisitos de solvencia, criterios de adjudicación y condiciones de ejecución que primen el arraigo territorial para discriminar positivamente a las empresas y los residentes en las zonas despobladas.

Es importante señalar cómo la Estrategia Nacional de Contratación Pública 2023-2026 señala de forma expresa que las Administraciones públicas, a través de la contratación, deben hacer frente a los problemas derivados del reto demográfico, la despoblación y la dispersión de núcleos habitables, así como para favorecer los niveles y condiciones de empleo de cada comunidad, o las circunstancias derivadas de la prestación de servicios sanitarios o sociales a poblaciones con mayor tasa de envejecimiento.

En este contexto, distintas comunidades autónomas han dictado leyes que tienen como objetivo luchar contra la despoblación y en las que promueven e invitan a las entidades del sector público sometidas a la LCSP a incluir requisitos de solvencia, criterios de adjudicación y condiciones de ejecución que tengan como finalidad la lucha contra la despoblación.

Así, por ejemplo, la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, determina, en su artículo 12, apartados 1 y 2, lo siguiente:

“1. Los poderes públicos de Aragón, en el marco de las políticas de contratación de la Comunidad Autónoma, promoverán la utilización de la

21. Tal y como señala Lazo Vitoria (2023: 2-3): “Arraigo territorial y mercado representan una paradoja, es decir, una frase que encierra una aparente contradicción entre sí. Porque ahí donde existe el mercado no es posible establecer parcelas que favorezcan a algunos operadores o determinados productos por razón de su presencia territorial o su origen local. Ello supondría un trato discriminatorio, una infracción por tanto al principio de igualdad de trato y un obstáculo a la libre concurrencia. Sin embargo, toda regla admite modulaciones y las reglas del mercado también. Dicho de otro modo, aquí como en tantos otros ámbitos es necesario realizar un análisis caso a caso y encontrar un equilibrio para armonizar principios, libertades e intereses concurrentes [...] Todo ello, significa naturalmente que hay otros valores, principios y reglas que, según las circunstancias, también deben protegerse y potenciarse”.

contratación pública como instrumento para la lucha contra la despoblación y el desarrollo territorial equilibrado del medio rural.

2. La Comunidad Autónoma de Aragón, de conformidad con la normativa en materia de contratación pública, dará un mayor soporte a las pymes y personas autónomas de las áreas rurales, con el objeto de facilitar su participación en los procedimientos de contratación pública, e impulsando medidas para facilitar la utilización de medios electrónicos, con la intención de que se genere empleo en el medio rural”.

Del mismo modo, la Ley 5/2023, de 13 de abril, integral de medidas contra el despoblamiento y por la equidad territorial en la Comunitat Valenciana, en su artículo 31, apartados 2 y 3, indica lo siguiente:

“2. En la contratación pública, se podrán diseñar y aplicar criterios relacionados con la lucha contra el despoblamiento y para la cohesión territorial, de acuerdo con lo establecido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, que prevé la incorporación de criterios sociales y medioambientales que guarden relación con el objeto del contrato, en los términos previstos en el artículo 145 de dicha ley.

En desarrollo de lo expresado en el apartado anterior, se procurará, mediante su inclusión en las prescripciones técnicas, los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución del contrato, que las obras, los productos y los servicios que se adquieran, así como los procesos o procedimientos que se utilicen en los mismos, cumplan requisitos determinados y características específicas de tipo social y medioambiental, que contribuyan a frenar el despoblamiento, preferentemente aquellos relacionados con la igualdad de género y el fomento de la contratación femenina, la inclusión, el comercio justo y de proximidad, la agricultura y la ganadería ecológicas y la gestión forestal sostenible, así como aquellos que garanticen el cumplimiento de las convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, de conformidad con lo establecido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

Cualquier medida que tenga su particularidad en el desarrollo de estas acciones tendentes a la lucha contra el despoblamiento, habrá de contemplar los criterios de sostenibilidad social, ambiental, económica, financiera y de transparencia en la contratación, previstos en la Ley 18/2018, de 13 de julio, de la Generalitat, para el fomento de la responsabilidad social.

3. Se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas y de las empresas de economía social en municipios en riesgo de despoblamiento, o sus comarcas, que fomenten la creación de empleo local, la retención y la atracción de talento, la innovación, la responsabilidad social corporativa, la sostenibilidad y el desarrollo de base territorial”.

En términos similares se pronuncia la Ley 2/2021, de 7 de mayo, de Medidas Económicas, Sociales y Tributarias frente a la Despoblación y para el Desarrollo del Medio Rural en Castilla-La Mancha, en cuyo artículo 21 se indica lo siguiente:

“1. En el marco de la normativa en materia de contratación, el sector público de Castilla-La Mancha promoverá la utilización de la contratación pública como instrumento para luchar frente a la despoblación y promover el desarrollo territorial equilibrado de las comunidades rurales mediante el apoyo a las actividades socioeconómicas, el desarrollo empresarial, el fomento del empleo y el aprovechamiento sostenible de los recursos disponibles.

2. Con respeto de los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación, los órganos de contratación del sector público regional valorarán la posibilidad de integrar en los pliegos de condiciones de los contratos que se propongan licitar, criterios sociales y medioambientales que faciliten el acceso en condiciones de igualdad a las empresas ubicadas en las zonas escasamente pobladas o en riesgo de despoblación, propiciando la adquisición de productos de proximidad, frescos y de temporada, productos ecológicos y acogidos a regímenes de calidad, así como la reducción de la emisión de gases de efecto invernadero, la gestión forestal sostenible, el uso de energías renovables y el ahorro energético.

3. En los contratos menores se invitará preferentemente a la participación de las pequeñas y medianas empresas, cooperativas y/o empresarios y empresarias autónomas, y especialmente a empresas de economía social y empresas creadas con el apoyo concreto de programas municipales de promoción del emprendimiento, con capacidad y solvencia adecuada para ejecutar las prestaciones de que se trate. Este criterio podrá utilizarse también en el procedimiento negociado sin publicidad en los supuestos en los que la ley de contratos lo permita.

4. De acuerdo con la normativa vigente en materia de contratación, los órganos del sector público regional establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas requisitos de capacidad y solvencia, y criterios de adjudicación que faciliten el acceso en condiciones de igualdad a las empresas ubicadas en zonas escasamente pobladas y en riesgo de despoblación”.

Igualmente, en los últimos años se han dictado leyes autonómicas que fomentan el producto de proximidad o producto local (lo que sin duda supone un criterio o condición que promueve el arraigo territorial), que si bien pretenden luchar contra el cambio climático, del mismo modo, pueden beneficiar a la lucha contra la despoblación.

Así, por ejemplo, la Ley 10/2021, de 9 de diciembre, de Administración Ambiental de Euskadi, y la Ley del Principado de Asturias 1/2023, de 15 de marzo, de Calidad Ambiental (Ley 1/2023)²².

De lo expuesto se puede afirmar con rotundidad que la lucha contra la despoblación y, en consecuencia, la inclusión de cláusulas de arraigo territorial, responden a una razón imperiosa de interés general.

2.2.2. Despoblación, arraigo territorial y objeto del contrato

Tal y como señala el preámbulo de la LCSP:

“[...] se establece la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante

22. El artículo 20 de la Ley asturiana, relativo a la compra y contratación pública verde, indica:

1. Con objeto de impulsar la economía baja en carbono, la ecoinnovación y la economía circular, y facilitar que las Administraciones públicas hagan un uso más eficiente de los recursos y promuevan cambios en el mercado beneficiosos para la protección del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático, los órganos de contratación de la Administración del Principado de Asturias y de los demás entes del sector público asturiano, dentro de sus competencias, incluirán criterios ambientales en las distintas fases de la contratación, de conformidad con lo que establece la legislación sobre contratos del sector público.

2. A tal efecto, se incluirán cláusulas medioambientales en los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas particulares de los contratos relativos a obras, servicios y suministros, así como criterios de adjudicación, condiciones especiales de ejecución y cláusulas o condiciones análogas que contribuyan a alcanzar los objetivos de mejora de la calidad ambiental que se establecen en esta ley. Con carácter general, se incentivarán la reducción y compensación de emisiones de gases de efecto invernadero y las acciones que favorezcan la prevención, adaptación y mitigación del cambio climático; el uso de las energías renovables y la mejora de la eficiencia energética; el mantenimiento o mejora de la calidad ambiental que pueda verse afectada por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; la implementación y desarrollo de una economía circular y la promoción del uso de materiales reciclados y de productos y envases reutilizables; o el impulso del suministro de productos locales y de los provenientes de producción ecológica, siempre que exista vinculación con el objeto del contrato y compatibilidad con el derecho comunitario. [...]” (art. 20.2).

la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato.

[...]

Se incluyen en los contratos públicos consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo. Estas consideraciones podrán incluirse tanto al diseñarse los criterios de adjudicación, como criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio, o como condiciones especiales de ejecución, si bien su introducción está supeditada a que se relacionen con el objeto del contrato a celebrar. En particular, en el caso de las condiciones especiales de ejecución, la Ley impone la obligación al órgano de contratación de establecer en el pliego al menos una de las condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental, social o relativas al empleo que se listan en el artículo 202”.

Concretando lo dispuesto en el preámbulo, el artículo 1.3 de la LCSP indica la necesidad de que los criterios sociales guarden relación con el objeto del contrato, al indicar lo siguiente: “En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social”.

En este sentido, si se pretenden establecer criterios sociales en la fase de preparación (solvencia), de adjudicación (criterios de adjudicación) o de ejecución del contrato (condiciones de ejecución), resulta fundamental que, a la hora de definir el objeto del contrato, el mismo haga referencia a la lucha contra la despoblación.

En el Informe 16/2015, de 4 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, se contesta expresamente a la posibilidad de incorporar cláusulas sociales en la definición del objeto del contrato. En concreto se cuestiona el que algunas Administraciones públicas incorporen determinados aspectos sociales en la propia definición o en el contenido de sus contratos públicos. Dicha práctica consiste en adicionar, a la prestación “objetiva” que constituye el objeto del contrato (por ejemplo, la limpieza de un edificio), alguna consideración de tipo social (como, por ejemplo, la realización de actuaciones de inserción sociolaboral para colectivos desfavorecidos). De esa manera se define el objeto del contrato de una forma, más o menos, como la siguiente:

“Servicio de XXXX con desarrollo de programas de inserción socio laboral del colectivo X”, o “Constituye el objeto del contrato xxx, y el desarrollo de acciones positivas de género”. La cuestión que se somete al parecer de la Junta Consultiva es si resulta correcta dicha práctica.

Pues bien, como indica el Informe 16/2015, de 4 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativo a la posibilidad de incorporar cláusulas sociales en la definición del objeto del contrato, nada impide una “precisión social” del objeto del contrato; la concreción “social” no desnaturaliza, ni esconde, el objeto principal de la prestación, ni implica una barrera de entrada²³.

Por tanto, resulta fundamental que, en aquellos contratos licitados en municipios que se encuentren en riesgo de despoblación —o los contratos licitados por otras entidades y que tengan por objeto la lucha contra la despoblación y la fijación de población en los municipios despoblados—, a la hora de definir el objeto del contrato, este haga referencia a la lucha contra la despoblación, y ello con el fin de facilitar la viabilidad de requisitos de solvencia, criterios de adjudicación o condiciones de ejecución que se basen en el arraigo territorial²⁴.

23. Para el Informe 16/2015, de 4 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón: “A juicio de esta Junta, esta posibilidad resulta más o menos adecuada no solo en función del tipo de contrato (obras, suministros o servicios) —como indica la Comisión— sino en razón de los específicos objetivos sociales perseguidos. Por ejemplo, en el caso del objetivo que incorpora criterios de comercio justo y compra pública ética, no es difícil encontrar licitaciones en las que, adecuadamente y dentro del margen de libertad reconocido en este punto a los poderes adjudicadores, el objeto del contrato se defina del modo siguiente: ‘Servicio de máquinas de vending con productos (café, té y azúcar) de comercio justo’, ‘Servicios de catering que incluyan el suministro de productos de comercio equitativo’, etc. Otros ejemplos, como los expresamente mencionados en la solicitud de informe, ‘Servicio de XXXX con desarrollo de programas de inserción socio laboral del colectivo X’, o ‘Constituye el objeto del contrato xxx, y el desarrollo de acciones positivas de género’, incorporan formalmente la preocupación social en el objeto de los contratos, pero realmente no es más que la anticipación de obligaciones que se recogerán como condiciones especiales de ejecución de éstos, en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares [...] Nada impide, por tanto, una ‘precisión social’ del objeto del contrato, pues con ello no se afecta a la regla de transparencia pretendida por el CPV. La concreción ‘social’ no desnaturaliza, ni esconde, el objeto principal de la prestación, ni implica una barrera de entrada contraria a la función del CPV. La fijación del código CPV cumplirá la información de facilitar el conocimiento de la licitación, y el operador económico interesado que haya localizado la licitación por búsqueda CPV podrá comprobar fácilmente la existencia de ese ‘perfil social’ del objeto y, en función del mismo, decidirá si presenta o no su oferta”.

24. Tal y como indica el Informe Trienal relativo a la Contratación Pública en España en 2018, 2019 y 2020, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (abril 2021), p. 136, que tiene, entre otros fines, detectar problemas en la contratación pública, “se observan especiales problemas en la introducción de condiciones sociales en los pliegos (condiciones especiales de ejecución y criterios de adjudicación), derivados de la dificultad de cumplir con el requisito de vinculación con el objeto del contrato y de la diversidad interpretativa existente al respecto. En el caso de los criterios de adjudicación, la dificultad es aún mayor dada la

En cualquier caso, consideramos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67.3 de la Directiva 2014/24/UE²⁵ de contratación, que, para que un criterio de adjudicación o una condición de ejecución de carácter social guarde relación con el objeto del contrato, basta con que de los criterios cualitativos elegidos se derive una mejora en el nivel de rendimiento o ejecución del contrato, en cualquiera de sus aspectos (social o laboral) y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos aspectos no formen parte de su sustancia material²⁶. Por lo tanto, en esta interpretación

necesidad de cumplir con el requisito adicional relativo a que los criterios de adjudicación han de medir el rendimiento de las ofertas, lo que en el ámbito social resulta especialmente complejo”.

25. De conformidad con el artículo 67.3 de la Directiva:

“3. Se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen:

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o

b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida,

Incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia materia”.

En idénticos términos se pronuncia el artículo 145.6 de la LCSP, cuando señala:

“6. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;

b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material”.

26. Tal y como indica el Informe Trienal relativo a la Contratación Pública en España en 2018, 2019 y 2020, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (abril 2021), existen dos interpretaciones a la hora de valorar las cláusulas sociales y su relación con el objeto del contrato.

Interpretación A: Defiende que, con arreglo a la Directiva 2014/24/UE, de los criterios cualitativos elegidos debe derivarse una mejora en el nivel de rendimiento o ejecución del contrato; y, en consecuencia, no pueden emplearse como criterios de adjudicación aquellos aspectos (sociales, laborales, medioambientales, de innovación) que no permiten evaluar comparativamente las ofertas en términos de su rendimiento sobre el objeto del contrato, tal y como se define este en las especificaciones técnicas. Dicho en otras palabras, si el criterio que valora aspectos sociales o medioambientales de la proposición no se concreta en una mejora de las prestaciones que se van a contratar (*i. e.*, de su calidad intrínseca), no se cumpliría el requisito de vinculación con el objeto del contrato. Esta interpretación mantiene la exigencia de que el criterio guarde una relación directa con el objeto del contrato, en línea con la visión tradicional de la contratación pública, en la que los criterios de adjudicación cualitativos valoraban en qué medida la prestación ofertada *stricto sensu* daba satisfacción a las necesidades del órgano de contratación.

Interpretación B: Defiende que, con arreglo a la Directiva 2014/24/UE, de los criterios cualitativos elegidos debe derivarse una mejora en el nivel de rendimiento o ejecución del contrato, en cualquiera de sus aspectos (social, laboral, medioambiental o de innovación), y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos aspectos no formen parte de su sustancia material. Por lo tanto, en esta interpretación tendrían cabida criterios o condiciones que valoren aspectos que trasciendan las cuali-

tienen cabida criterios o condiciones que valoren aspectos que trasciendan las cualidades intrínsecas de las prestaciones que se contratan, o que van referidas a factores sociales, laborales, medioambientales o de innovación de alguna etapa del ciclo de vida de la obra, producto o servicio²⁷.

En definitiva, la inclusión de criterios de adjudicación sociales y condiciones de ejecución sociales en los pliegos no requiere ni exige que dichos criterios y condiciones estén directamente vinculados al contrato, sino que basta con que estén relacionados con la ejecución del contrato y supongan una mejora social²⁸.

Por ello, por ejemplo, entendemos que la inclusión de un criterio de adjudicación o de una condición de ejecución en un contrato de servicio licitado por un municipio en riesgo de despoblación —o por otro ente para dar servicio en un municipio en riesgo de despoblación— que consista en que el personal laboral que preste el servicio resida en dicha zona despoblada es viable jurídicamente.

2.2.3. Despoblación, arraigo territorial y principio de proporcionalidad

Tal y como hemos visto, para que una medida de arraigo territorial sea viable en la contratación pública es necesario que la misma esté justificada por razones imperiosas de interés general, y hemos comprobado que la despoblación lo es, y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, es decir, que respete el principio de proporcionalidad.

Cabe señalar que cuanto más se restrinjan el principio de no discriminación e igualdad de trato y el principio de libre concurrencia, más necesaria y más beneficios en la lucha contra la despoblación debe producir la limitación.

dades intrínsecas de las prestaciones que se contratan, o que van referidas a factores sociales, laborales, medioambientales o de innovación de alguna etapa del ciclo de vida de la obra, producto o servicio.

Sin duda alguna, si se pretende que la contratación pública sirva como herramienta transversal que permita alcanzar fines sociales, la interpretación B es la más adecuada, interpretación que nosotros sostenemos.

27. Como indican las “Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE” —24.7.2019, C (2019) 5494 final—, p. 23: “Las cláusulas de ejecución del contrato deben estar relacionadas con el objeto del mismo y no pueden exigir políticas empresariales generales [...] puede exigirse al contratista que: · contrate trabajadores procedentes de determinados entornos desfavorecidos, · proporcione al personal formación profesional o de seguridad relacionada con la ejecución específica del contrato, · informe de las emisiones o medidas para detectar y prevenir las violaciones de los derechos humanos, · adopte medidas específicas para la eliminación de residuos”.

28. *Cfr.* Almodóvar Iñesta (2022), para quien “se pueden considerar vinculados al objeto del contrato, criterios relativos a los trabajadores que intervengan en el proceso de producción, suministro o prestación de los servicios”.

En este sentido, siendo la libertad y la igualdad —la libre concurrencia y la no discriminación— los principios que sustentan y sobre los que gira y se edifica la contratación pública, y la defensa de la competencia, no puede considerarse indiferente la elección que la Administración realice entre las distintas vías existentes para luchar contra la despoblación y fijar población en los territorios despoblados.

Precisamente, ordenando de mayor a menor la restricción a la libertad de concurrencia e igualdad de trato, la medida más restrictiva de la libertad y que podría utilizarse para la lucha contra la despoblación sería la reserva de contratos a empresas que necesariamente tengan su residencia y la de sus trabajadores en territorios despoblados. Dicha medida es la más restrictiva de la libre concurrencia y la igualdad de trato porque excluye automáticamente de la licitación a todas aquellas empresas que no se encuentren localizadas en dichos territorios. La segunda medida más restrictiva sería el establecimiento de requisitos de solvencia que se basen en criterios de arraigo territorial, y ello porque solo aquellos empresarios que reúnan dichos requisitos van a poder concurrir a la licitación, excluyendo al resto. En tercer lugar, la medida más restrictiva sería el establecimiento de criterios de adjudicación que primen el arraigo territorial con el fin de luchar contra la despoblación; dicha medida es menos restrictiva que las anteriores, porque no impide que cualquier empresario se presente a la licitación, siendo incluso posible que un licitador que no cumpla el criterio de adjudicación basado en el arraigo sea el adjudicatario del concurso (en función de la proporción de puntos que se atribuyan a dicho criterio). Por último, la medida menos restrictiva de la libertad es el establecimiento de condiciones de ejecución que primen el arraigo territorial, pues dicha condición permite a cualquier empresario que opte a la licitación que la adjudicación no esté condicionada al cumplimiento de requisito discriminatorio alguno, y que únicamente en fase de ejecución del contrato el empresario adjudicatario se obligue a cumplir con el criterio social.

Es conocido que la aplicación del principio de proporcionalidad está sometida a un triple test o triple juicio: el juicio de adecuación, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad en sentido estricto²⁹.

Pasamos a analizar los distintos juicios:

El juicio de adecuación. Mediante el juicio de adecuación se analiza si la medida adoptada (en nuestro caso, la cláusula de arraigo territorial como requisito de solvencia, como criterio de adjudicación o como condición de ejecución) es un medio coherente con el fin perseguido, en nuestro caso la lucha

29. *Cfr.* Sarmiento Rodríguez-Escudero (2004).

contra la despoblación y la fijación de población —u otra meta que permita la lucha contra la misma—, de forma tal que mediante su adopción se alcance el objetivo perseguido. En caso de que se demuestre que la medida no consigue alcanzar el resultado querido —fijar la población—, se anulará, por infringir el juicio de adecuación. En definitiva, mediante el juicio de adecuación se analiza si la medida limitadora es un medio útil o apto para la consecución del bien público que tiene como fin. Este tipo de control entraña un juicio de manifiesta desproporción, pues nos está apuntando a una medida que de ninguna manera permitiría alcanzar el objetivo de la actuación de la Administración.

El juicio de necesidad. Para superar el juicio de necesidad se debe analizar si la medida adoptada es la menos lesiva para la libre concurrencia e igualdad de trato de cuantas pudo elegir la Administración. Así, si en un determinado supuesto, para conseguir los objetivos de lucha contra la despoblación —fijación de población—, es suficiente con el establecimiento de cláusulas de arraigo como condición de ejecución, no debe establecerse como criterio de adjudicación, y si los objetivos de lucha contra la despoblación se consiguen más fácilmente o de mejor forma a través del establecimiento de criterios de adjudicación que a través del establecimiento de requisitos de solvencia, esta vía será la necesaria. En definitiva, la libertad es la regla; la limitación es, en cambio, la excepción, que, como tal, hay que interpretar restrictivamente. Ahora bien, para que una medida pueda actuar como término de comparación, debe conseguir el mismo resultado previsto que la medida analizada. En estos casos se deberá probar que existen otras alternativas que alcanzan igualmente los fines de la norma, pero resultan más respetuosas con la esfera jurídica de los licitadores, esto es, de la libre concurrencia.

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Mediante este juicio se trata de analizar y ponderar si los beneficios públicos que con la medida de arraigo se consiguen son proporcionales a los perjuicios que la medida ocasiona en el derecho de los licitadores a la libre concurrencia y a la igualdad de trato. Cuanto mayor es el perjuicio que la medida de arraigo causa al ciudadano-licitador, mayor ha de ser la importancia del beneficio que los resultados de la medida proporcionan al interés general. Así, si la situación de despoblación es grave, cabría, por ejemplo, una medida de reserva de contratos a las empresas que residan en los territorios despoblados, y cuya plantilla resida en dichos territorios, en contratos de relativa importancia económica que no afecten a los intercambios comunitarios.

Por ello, por ejemplo, entendemos que la inclusión de un criterio de adjudicación o de una condición de ejecución en un contrato de servicio licitado por un municipio en riesgo de despoblación —o por otro ente para dar servicio

en un municipio en riesgo de despoblación— que consista en que el personal laboral que preste el servicio resida en dicha zona despoblada es proporcional si con ello se consigue mejorar la situación generada por la despoblación.

Es más, incluso la medida más restrictiva de la libre concurrencia, como es la reserva de contratos a empresas situadas en zonas despobladas, es una medida legislativa que se ha considerado viable y proporcional en Estados de la UE como Portugal, medida que, incluso, ha sido validada por la Unión Europea³⁰.

Precisamente, una de las medidas de contratación de proximidad más emblemáticas aprobadas por el legislador portugués en 2021 fue la reserva de determinados contratos prevista en el artículo 54.º-A/1/a). c) del Código de Contratos Públicos a entidades cuya sede y actividad se encuentre en zonas despobladas. Conforme a dicho precepto:

“Los poderes adjudicadores podrán reservar la posibilidad de ser candidato o licitador a [...] c) entidades con domicilio social y actividad efectiva en el territorio de la entidad intermunicipal en la que se encuentre el poder adjudicador, en los procedimientos promovidos por entidades intermunicipales, mancomunidades, entes locales o sociedades locales para la formación de contratos de arrendamiento o adquisición de bienes muebles o de servicios de uso corriente, de cuantía inferior al umbral a que se refiere la letra c) del apartado 3 del artículo 474, y siempre que no revelen un cierto interés transfronterizo³¹”³².

30. Cfr. Melo Fernandes (2023).

31. El artículo 54.º-A, relativo a los “contratos reservados”, señala textualmente:

“1 - As entidades adjudicantes podem reservar a possibilidade de ser candidato ou concorrente às:

[...]

b) *Micro, pequenas ou médias empresas devidamente certificadas nos termos da lei, em procedimentos para a formação de:*

i) *Contratos de locação ou aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços de valor inferior aos limiares referidos nas alíneas b) ou c) do n.º 3 ou b) do n.º 4 do artigo 474.º, consoante o caso;*

ii) *Contratos de empreitada de obras públicas ou de concessão de serviços públicos e de obras públicas de valor inferior a € 500 000;*

c) *Entidades com sede e atividade efetiva no território da entidade intermunicipal em que se localize a entidade adjudicante, em procedimentos promovidos por entidades intermunicipais, associações de autarquias locais, autarquias locais ou empresas locais para a formação de contratos de locação ou aquisição de bens ou móveis ou aquisição de serviços de uso corrente, de valor inferior ao limiar referido na alínea c) do n.º 3 do artigo 474.º, e desde que os mesmos não revelem interesse transfronteiriço certo.*

2 - *Quando a participação no procedimento se encontrar reservada nos termos do número anterior, o anúncio deve fazer referência ao presente artigo”.*

32. Una defensa entusiasta de esta reserva de contratación a favor de las pymes y de los contratos de proximidad es la realizada por Blanco López (2021). Para el autor: “En el marco del mercado

Mediante esta medida el Legislador portugués faculta a los poderes adjudicadores a reservar la posibilidad de participar en el procedimiento a los empresarios con domicilio social y, acumulativamente, actividad efectiva en el territorio de la entidad local en la que se encuentra el poder adjudicador. Esta facultad de reserva se aplica, no obstante, solo a los procedimientos (a) licitados por entidades intermunicipales, mancomunidades, entidades o empresas locales (b) que tengan por objeto contratos de arrendamiento de bienes muebles o de adquisición de bienes muebles y servicios de uso corriente (c) cuya cuantía sea inferior al umbral europeo, que es de 215 000 euros para estas entidades³³.

Y todo ello, claro está, siempre que dichas licitaciones no tengan un interés transfronterizo, concepto que fue añadido por el Legislador portugués en 2022, como consecuencia del procedimiento abierto por la Comisión Europea para garantizar la libre concurrencia entre operadores comunitarios.

De lo expuesto podemos concluir que la prohibición de discriminación basada en el territorio no es una regla absoluta que no permita excepciones, siempre que dichas excepciones estén justificadas en razones de interés general, y la despoblación lo es, y sean adecuadas y necesarias para la consecución del fin propuesto³⁴.

único europeo, la directiva 24/2014 propone algunas medidas conocidas por todos (requerimiento proporcionado de la solvencia, configuración de lotes, pago directo al subcontratista). Pero el mercado único no ha abordado de forma auténtica y decidida la cuestión: no habilita la reserva de contratos a las PYME y tan sólo se limita a las empresas sociales [...] Algunos 'principios' de la contratación pública que son considerados cuasi de derecho natural, especialmente el principio de la igualdad de trato y concurrencia (todas las empresas deben concurrir a las licitaciones públicas en igualdad de condiciones), no son más que la consecuencia jurídica de las necesidades de la gran empresa. Este sacrosanto principio de la igualdad de trato es la salvaguarda para que la gran empresa pueda vender y tenga siempre suficiente demanda, en el marco de una competición descontrolada en un mercado basado en la lucha a muerte para ganar clientes y ventas utilizando recursos tecnológicos y naturales sin control [...] Portugal da un paso firme en potenciar efectivamente la protección a las PYME en la contratación pública [...] En este sentido, la reserva de contratos a MYPE puede asegurar que puedan obtener un margen de los contratos públicos proporcionado a su significación en la economía general del país en competencia y concurrencia entre iguales".

33. Cabe recordar que el derecho europeo de la contratación pública regula únicamente los procedimientos de adjudicación de los contratos celebrados por ciertos sujetos (los poderes adjudicadores) con concretos objetos (obras, suministros y servicios, fundamentalmente), y siempre que estén por encima de determinados importes (los llamados "umbrales" de los contratos armonizados). Los contratos por debajo de dicha cuantía se rigen y regulan por las normas de los Estados miembros, que tienen mayor libertad para su regulación, sin perjuicio de que en ciertos aspectos se vean afectados por las determinaciones de la UE. De ahí que la influencia y la capacidad de la UE para controlar la reserva de contratos por debajo del importe establecido en las directivas de contratación sea menor. *Cfr.* Díez Sastre (2010: 98).

34. Como indica Melo Fernandes (2023: 33-34): "De hecho, hoy en día no resulta inapropiado afirmar que el propio mercado interior ya no se contempla únicamente a la luz de las liberta-

3. Actividad de fomento, despoblación y arraigo territorial

3.1. Ayudas de Estado y derecho comunitario

Tal y como hemos indicado en el primero de los epígrafes de este trabajo, diferentes estudios demuestran que la despoblación genera una desigualdad de oportunidades entre los ciudadanos y un aumento de los costes y de la accesibilidad a los servicios básicos, desigualdad que obliga a promover acciones que tengan por objeto mitigar o paliar la misma.

Precisamente, la acción de fomento, de las técnicas existentes en manos de la Administración, es la que, en principio, cuenta con menos dificultades para su puesta en práctica, permitiéndose la concesión de ayudas teniendo en cuenta criterios de arraigo territorial.

En efecto, con el fin de paliar la despoblación y los efectos por ella generados, las Directrices Generales de la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico fijan una serie de líneas de acción entre las que destaca facilitar el desarrollo de nuevas actividades económicas y el fomento del emprendimiento. En concreto, la fijación de población en el territorio despoblado requiere convertirlo en un espacio de oportunidades en el que la generación de actividad económica aproveche los recursos locales. En definitiva, se pretende el fomento de las actividades económicas en las zonas despobladas con el fin de reactivarlas y fijar la población³⁵.

La acción de fomento, tal y como fue definida por Jordana de Pozas, es: "La acción encaminada a proteger o promover las actividades, establecimientos o riquezas debidas a los particulares y que satisfacen

des económicas y los principios de la economía de mercado y la libre competencia, tal y como se consideraban tradicionalmente. Este principio de integración también se formula en el TFUE, aunque en términos diferentes, en relación con los valores de orden social y cultural, a saber, la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres y de un alto nivel de empleo, la protección de la salud humana y el respeto de las tradiciones culturales y del patrimonio regional (artículos 8, 9, 10, 12 y 13 del TFUE). También en la jurisprudencia del TJUE es posible detectar que lo que subyace a la prohibición de medidas nacionales discriminatorias dirigidas a intereses económicos es la prohibición de la consecución de fines puramente proteccionistas medidas nacionales destinadas a perseguir objetivos que van más allá de la dimensión puramente económica (que no es más que un medio para alcanzar estos objetivos o una consecuencia indirecta de dicha consecución) y afectan a valores e intereses más amplios de carácter transnacional o al menos uniforme (por ejemplo, la protección del medio ambiente, la salud pública, la protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico) pueden escapar a esta prohibición, siempre que sean adecuadas y necesarias para el objetivo que persiguen".

35. Cfr. Directrices Generales de la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico, del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, pp. 38-39.

necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos”³⁶.

Sin duda alguna, los incentivos y ayudas económicos se han erigido, en efecto, en uno de los medios más característicos y habituales de las políticas económicas y sociales de los Estados, pues a través de los mismos se puede lograr el encauzamiento y la orientación de las actividades privadas en la dirección deseada sin necesidad ni de asumir los medios necesarios para la gestión (servicio público) ni de la utilización de técnicas coactivas (policía)³⁷.

Como señala Parejo Alfonso, la acción de fomento más importante es la que, empleando estímulos de contenido económico (subvenciones o beneficios fiscales), utiliza la política pública de dirección de la economía y tiene por objeto la acción económica o empresarial de los particulares, adquiriendo progresivo relieve, dentro de la actividad de fomento, la política regional de desarrollo de las regiones deprimidas, desfavorecidas o atrasadas³⁸.

Ahora bien, el otorgamiento de ayudas económicas (ya sea vía subvención, ya sea beneficio tributario) para aquellas actividades económicas que se desarrollen en las zonas despobladas, o, lo que es lo mismo, la actividad de fomento mediante ayudas públicas a aquellas actividades económicas que se desarrollen en dichos territorios, puede suponer un atentado contra la libertad de empresa y la libre competencia³⁹, razón por la cual va a estar controlado y sujeto a ciertas condiciones⁴⁰.

36. *Vid.* Jordana de Pozas (1949: 46). Para el autor, “la acción de fomento es una vía media entre la inhibición y el intervencionismo del Estado, que pretende conciliar la libertad con el bien común mediante la influencia indirecta sobre la voluntad del individuo para que quiera lo que conviene para la satisfacción de la necesidad pública de que se trate”.

37. La paradigmática STS de 27 de mayo de 1977, Ar. 3229, define la actividad de fomento, diferenciándola de la actividad de policía y de servicio público, de la siguiente manera: “es una de las actividades de la Administración con tipicidad muy definida [...] mediante la cual la misma extiende sus objetivos, poniendo en práctica técnicas encaminadas a que éstos se cumplan, sin necesidad de asumir directamente la gestión de los medios dirigidos a alcanzarlos, ni por tanto el montaje de servicios públicos; actividad en la que el dirigismo y el intervencionismo quedan sustituidos por otras medidas tendentes a que sean los propios administrados los que libremente colaboren en el cumplimiento de fines considerados convenientes y deseables, mediante orientaciones y persuasiones”.

38. *Cfr.* Parejo Alfonso (2003: 675).

39. Como expresa Sainz Moreno (1977: 607), “en sentido jurídico, libre competencia significa igualdad de los competidores ante el Derecho”.

Igualmente, se pronuncia Descalzo González (2011: 214), para quien “la libre competencia significa ante todo y sobre todo, igualdad, esto es, posibilidad de participar en condiciones de igualdad en el entero proceso económico”.

40. Como manifiesta Gimeno Feliu (1995: 155), las técnicas de fomento del desarrollo económico “se encuentran condicionadas por dos concretos ‘escenarios’ sobre los que deben articularse: el derecho de libertad de empresa consagrado en el artículo 38 de nuestra Constitución y el principio de libre competencia a que se refiere el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea”.

Podemos afirmar que la actividad de fomento mediante ayudas a la actividad económica supone un conflicto o dialéctica entre dos facetas del derecho a la igualdad: por un lado, el derecho de igualdad de oportunidades, y por otro, la libre competencia, que implica no solo la igualdad en la competencia, sino también la libre concurrencia en condiciones de igualdad⁴¹.

En efecto, sin perjuicio de que los incentivos económicos a la actividad empresarial son uno de los mecanismos más eficientes para la promoción o redirección de la iniciativa económica privada, cabe indicar que el intervencionismo estatal mediante las ayudas económicas a favor de las empresas puede suponer un obstáculo insuperable a la libre competencia y al funcionamiento del mercado⁴².

La concesión de ayudas públicas por parte de las Administraciones constituye una forma de intervención pública en la economía que, sin perjuicio de la persecución de ciertos objetivos de interés público, puede alterar el funcionamiento de los mercados, introduciendo distorsiones al juego competitivo y a la eficiencia de los mismos. El intervencionismo arbitrario mediante la concesión de ayudas públicas por parte de los poderes públicos conduce, según demuestra la experiencia, a una reducción de la competitividad de las empresas, al debilitamiento de las economías y, en última instancia, al perjuicio sobre el bienestar económico general y del consumidor en particular⁴³.

Es patente que una asignación arbitraria y caprichosa de ayudas económicas a las empresas puede erosionar la libre competencia, en tanto en cuanto interfiere o puede interferir en el empleo eficiente de los recursos y los intercambios comerciales, y esta es la razón por la cual la Unión Europea asume un papel preponderante en la regulación y el control de las ayudas de Estado a las empresas.

El artículo 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) atribuye a la Unión la competencia exclusiva para el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior. El control de las ayudas de Estado forma parte de la Política de

41. *Cfr.* Aragón Reyes (1996: 175).

42. Como indica Descalzo González (2011: 213-214): "La necesidad de arbitrar un sistema de control sobre las ayudas públicas responde, como se sabe, a las alteraciones que su concesión a las empresas pueden producir en el mercado. De un lado, las ayudas públicas pueden impedir la libre competencia, dado que restan eficacia a la asignación de los recursos y, por otra parte, las ayudas deben examinarse desde el punto de vista de las empresas competidoras de la ayudada, que ven, paradójicamente, como los impuestos que pagan sirven para beneficiar a su competidor por ser más ineficiente".

43. *Cfr.* el Informe anual sobre ayudas públicas de la Comisión Nacional de la Competencia (Madrid, 2010), p. 4.

Competencia de la UE, y la Comisión se erige como la máxima responsable de dicho control. Las ayudas públicas han demostrado ser uno de los instrumentos por los que más puede resultar afectada la competencia, dada la gran capacidad económica y regulatoria de los Estados y las Administraciones públicas. La razón de ser del control de las ayudas públicas en el ámbito de la Unión Europea y de la atribución a la Comisión es obvia: la salvaguarda de uno de los principales objetivos de la Unión, en concreto, la creación de un mercado único, un mercado interior en el que se garanticen la igualdad y la equidad de todos los operadores económicos, con independencia del Estado miembro del que procedan, y que reúna las condiciones de libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales⁴⁴.

En definitiva, las ayudas económicas a las actividades que se realicen en las zonas despobladas⁴⁵ van a depender y van a estar condicionadas

44. Vid. Fernández Farreres (1993).

45. Tal y como explicitan las Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional (2021/C 153/01), apartados 106 a 110, "un efecto potencialmente lesivo de las ayudas estatales es que impiden que el mercado produzca resultados eficientes premiando a los productores más eficientes y ejerciendo presión sobre los menos eficientes para que mejoren, se reestructuren o abandonen el mercado. La ayuda estatal que genera un desarrollo sustancial de la capacidad en un mercado poco productivo puede falsear indebidamente la competencia, pues la creación o el mantenimiento del exceso de capacidad puede comprimir los márgenes de beneficio, reducir las inversiones de los competidores o incluso provocar la salida de estos del mercado. Esto puede llevar a una situación en la que competidores que, de otra manera, podrían competir en el mercado se vean expulsados de él. También se puede impedir la entrada o la expansión de empresas en el mercado y reducir con ello los incentivos para que los competidores innoven. Esto puede dar lugar a estructuras de mercado ineficientes que, a largo plazo, también perjudican a los consumidores. La disponibilidad de ayuda también puede fomentar un comportamiento acomodaticio o temerario por parte de los beneficiarios potenciales. Es probable que tenga unos efectos a largo plazo negativos sobre los resultados globales del sector. 108. Las ayudas también pueden tener efectos falseadores al permitir al beneficiario de la ayuda aumentar o mantener un poder de mercado significativo. Incluso cuando las ayudas no refuerzan directamente un poder de mercado significativo, pueden hacerlo indirectamente desincentivando la expansión de los competidores existentes, provocando su salida del mercado o desalentando la entrada de nuevos competidores. 109. Aparte del falseamiento en los mercados de producto, las ayudas de finalidad regional, por su propia naturaleza, también afectan a la ubicación de la actividad económica. Cuando una zona atrae inversión gracias a una ayuda, otra zona pierde esa oportunidad. Estos efectos negativos en las zonas afectadas adversamente por la ayuda podrán sentirse en la pérdida de actividad económica y de empleos, incluidos los empleos de los subcontratistas. Los efectos negativos también pueden hacerse sentir en la pérdida de externalidades positivas (por ejemplo, el efecto de agrupamiento, la difusión de conocimientos, la educación y la formación, etc.). 110. La especificidad geográfica de las ayudas de finalidad regional las distingue de otras formas de ayuda horizontal. Una característica específica de las ayudas de finalidad regional es que pretenden influir en las decisiones de los inversores sobre el emplazamiento de los proyectos de inversión. Cuando las ayudas de finalidad regional compensan los costes adicionales que se derivan de las limitaciones regionales y apoyan la inversión adicional en zonas asistidas sin detraerla de otras zonas asistidas con un nivel de desarrollo igual o inferior, contribuyen no solo al desarrollo de esa zona sino también a la cohesión y, en definitiva, benefician al conjunto de la UE. Los potenciales

por la normativa comunitaria⁴⁶, cuyo estudio se hace, por tanto, obligatorio⁴⁷.

3.2. Ayudas de Estado regionales permitidas por la UE

Si bien la Unión Europea tiene como finalidad el establecimiento de un régimen de mercado en plena libertad dentro del territorio comunitario, ello no significa que no sea sensible a las especiales circunstancias de ciertos territorios, circunstancias que producen una serie de costes económicos y sociales que deben ser tenidos en cuenta a la hora de valorar la viabilidad de ayudas públicas⁴⁸.

Tal y como señala el artículo 174 del TFUE:

“A fin de promover un desarrollo armonioso del conjunto de la Unión, ésta desarrollará y proseguirá su acción encaminada a reforzar su cohesión económica, social y territorial. La Unión se propondrá, en particular, reducir las diferencias entre los niveles de desarrollo de las diversas re-

efectos negativos de las ayudas de finalidad regional en relación con el emplazamiento están ya limitados en cierta medida por los mapas de ayudas regionales, que definen las zonas en las que pueden concederse ayudas de finalidad regional, en consonancia con los objetivos estratégicos de desarrollo económico regional y de cohesión, y las intensidades máximas de ayuda permisibles. No obstante, sigue siendo importante entender lo que sucedería en ausencia de ayuda para evaluar el efecto de la ayuda sobre el desarrollo de la zona y la cohesión territorial”.

46. Para Armesto y Herrera (2006): “Pese a los escasos avances en el ámbito de la armonización fiscal, el uso de beneficios tributarios en el Impuesto sobre Sociedades se ve sometido a importantes limitaciones. La prohibición de ayudas de Estado (arts. 87 - 89 TCE) supone una restricción muy severa, concretada en diversos Reglamentos y Comunicaciones de la Comisión, e interpretado de forma expansiva por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”.

47. Sin duda alguna la Conferencia de Presidentes, consciente de las limitaciones del Legislador a la hora de otorgar ayudas públicas a las actividades económicas que se puedan desarrollar en las zonas despobladas, señala el compromiso de defender ante las autoridades de la Unión Europea la necesidad de que las políticas de la Unión tengan en cuenta los desafíos demográficos.

Tal y como indican las Directrices Generales de la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico, del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, p. 51: “Tanto en la posible reforma de los incentivos existentes, como en la formulación, en su caso, de otros nuevos debemos tener siempre presente que su diseño debe hacerse respetando el principio de igualdad por razón del territorio y la normativa comunitaria de ayudas de Estado”.

48. Tal y como señala Fernández Farreres (2016: 242): “Aunque se reconoce que las ayudas estatales erosionan la libertad de competencia al interferir en el empleo eficiente de los recursos y en los intercambios comerciales, razón por la cual deberían ser suprimidas o, al menos, restringidas a supuestos excepcionales, al final todos estos postulados quedan fuertemente relativizados. Las prácticas comunitarias seguidas avalan que las ayudas se consideran necesarias y hasta imprescindibles, máxime cuando el sistema económico en su conjunto, o sectores del mismo especialmente sensibles, entran en crisis”.

giones y el retraso de las regiones menos favorecidas. Entre las regiones afectadas se prestará especial atención a las zonas rurales, a las zonas afectadas por una transición industrial y a las regiones que padecen desventajas naturales o demográficas graves y permanentes como, por ejemplo, las regiones más septentrionales con una escasa densidad de población y las regiones insulares, transfronterizas y de montaña”.

Esta necesidad de desarrollo económico, la certeza de las desigualdades que se producen en las regiones con escasa densidad de población, motiva que las regiones despobladas puedan requerir de una aplicación especial del derecho comunitario, de modo que se exceptúe o pondere la aplicación de las normas comunitarias, y en concreto las normas de ayudas de Estado. Precisamente, los condicionantes geográficos y sociales que existen en las zonas despobladas producen una serie de costes económicos y sociales que son tenidos en cuenta por el derecho comunitario, a la hora de permitir un régimen singular de ayudas de Estado. La razón de ser de tal excepción radica en que en dichas regiones, por las características que tienen, es más difícil que se realice, en plenas garantías de igualdad, el mercado interior. En concreto podemos hablar de costes de las zonas despobladas como el conjunto de costes que soportan las empresas situadas en dichas regiones y que se suman a los costes normales de producción en el resto de regiones de Europa⁴⁹.

Precisamente, y a pesar del perjuicio que subyace en las ayudas de Estado, no puede soslayarse su utilidad para alcanzar objetivos económicos y sociales que no se podrían conseguir con el libre juego del mercado⁵⁰. En concreto, este tipo de ayuda se denomina “ayuda regional”, y está destinada a apoyar el desarrollo económico y la creación de empleo de ciertas regiones.

Es por este motivo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 107, apartado 3, letras a y c), del TFUE, se consideran compatibles con el mercado interior las siguientes ayudas: “a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo,

49. Vid. Fornieles Gil (2007: 40-41).

Tal y como señala el informe *Zonas escasamente pobladas y regiones con baja densidad de población*, realizado por el Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), de septiembre de 2016, p. 7: “Por lo general, las zonas escasamente pobladas y las regiones con baja densidad de población son remotas. El transporte y la falta de conexiones con las ciudades constituyen un problema importante para estos territorios. Acceder a muchas de estas zonas resulta difícil y el transporte suele ser inexistente o infrecuente y, a menudo, costoso. El transporte de pasajeros y de los productos y recursos necesarios para prestar servicios, desde estas regiones y hacia ellas, imponen costes adicionales a la actividad económica”.

50. Cfr. Pascual González (2001: 67).

así como el de las regiones contempladas en el artículo 349, habida cuenta de su situación estructural, económica y social; [...] c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común”.

Con el objetivo de determinar en qué regiones y qué tipo de ayuda está permitida, la Comisión ha dictado las Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional para 2022-2027 (2021/C 153/01), ayudas destinadas a impulsar el desarrollo económico de determinadas regiones menos favorecidas de la Unión Europea.

Las Directrices identifican las zonas que pueden recibir ayudas, y la intensidad y el tipo de ayuda que pueden recibir.

En principio, en las regiones que se incardinan en la letra a) del artículo 107, apartado 3, esto es, regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, regiones ultraperiféricas o zonas de muy poca población, la intensidad de la ayuda será mayor que la de las ayudas que puedan recibir las actividades económicas que se sitúen en zonas regionales menos deprimidas y que se subsuman en la letra c) del artículo 107, apartado 3⁵¹.

En concreto, se considera que existe despoblación en las regiones con menos de 8 habitantes por km² (NUTS 2) o en regiones con menos de 12,5 habitantes por km² (NUTS 3), regiones, por tanto, que pueden recibir ayudas de Estado. En España, las zonas con poca o muy poca población son Cuenca, Soria y Teruel.

En cuanto al tipo de ayuda que pueden recibir las compañías, nos encontramos con las ayudas a la inversión, que son aquellas ayudas a inversiones de activos materiales e inmateriales destinadas o relacionadas con la creación de un nuevo establecimiento, la ampliación de la capacidad de un establecimiento existente, la diversificación de la producción de un establecimiento en productos que anteriormente no se producían en este,

51. La intensidad de las ayudas ha de adaptarse a la naturaleza y la intensidad de los problemas regionales. De entrada, debe establecerse una distinción entre las intensidades admisibles en las regiones de la letra a) y las admitidas en las regiones de la letra c). A este respecto, es importante tener en cuenta que las regiones que se acogen a la letra c) del apartado 3 del artículo 107 no se caracterizan por un nivel de vida anormalmente bajo o por una grave situación de subempleo según el sentido que da a estos términos la letra a) de dicho apartado. Por lo tanto, el falseamiento de la competencia en el caso de estas ayudas está menos justificado que en el caso de las regiones de la letra a). Ello implica que las intensidades admisibles son, de entrada, menos elevadas para las regiones de la letra c) que para las de la letra a).

o una transformación fundamental en el proceso global de producción de un establecimiento existente. A fin de garantizar que la inversión suponga una contribución efectiva y sostenida al desarrollo de la zona en cuestión, la inversión deberá mantenerse en dicha zona durante un mínimo de cinco años, o tres años en el caso de las pymes, desde su finalización.

Por otro lado, nos encontramos con las ayudas de funcionamiento, que son aquellas ayudas destinadas a reducir los gastos corrientes de una empresa que no están relacionados con una inversión inicial. En cuanto a la ayuda de funcionamiento para evitar o reducir la despoblación en zonas con poca o muy poca población, el Estado miembro en cuestión debe demostrar el riesgo de despoblación de la zona si no hubiera ayuda de funcionamiento.

Por lo que se refiere a la intensidad de la ayuda a la inversión, esta no superará el 20 % ESB, ayudas que podrán incrementarse hasta 20 puntos porcentuales para las pequeñas empresas o hasta 10 puntos porcentuales para las medianas empresas.

No obstante, hay que tener muy en cuenta que la propia Unión Europea establece la compatibilidad de las ayudas regionales, en todo caso, si se cumplen los requisitos del Reglamento (UE) n.º 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado (Reglamento de exención).

Precisamente, cuando una ayuda regional o ayuda a las pymes situadas en zonas despobladas distintas de Cuenca, Teruel o Soria cumpla todos los requisitos del Reglamento de exención (artículos 14, 15 y 17), el Estado miembro está exento de su obligación de notificar la medida de ayuda prevista, y no se aplica la obligación de suspensión.

Así, el Reglamento de exención permite importantes ayudas a la inversión y ayudas de funcionamiento en zonas despobladas distintas de Cuenca, Teruel o Soria, sobre todo a las pymes.

Del mismo modo hay que tener muy en cuenta el Reglamento (UE) n.º 1407/2013 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas *de minimis* (Reglamento *de minimis*).

Precisamente, el Reglamento considera que no tienen la consideración de ayuda de Estado (aunque se cumplan los requisitos de la misma) las

ayudas de cuantía inferior a 200 000 euros recibidas en un período de tres años consecutivos.

Debemos indicar que tanto la aplicación del Reglamento de exención como el Reglamento *de minimis* permiten y otorgan a los Estados miembros un amplio margen para adoptar medidas de fomento (ya sean subvenciones a pymes o exenciones fiscales) con que paliar o combatir la despoblación en el territorio español, en zonas despobladas distintas de Cuenca, Teruel o Soria, sin que dichas medidas se consideren ayudas de Estado prohibidas por la Unión Europea.

De hecho, podemos afirmar que resulta viable jurídicamente el establecimiento de un régimen de ayudas, en las zonas despobladas, a las actividades económicas que se realicen en dichas zonas —máxime, y sobre todo, si las ayudas se mantienen dentro de los límites fijados en el Reglamento de exención y en el Reglamento *de minimis*—.

3.3. Subvenciones, despoblación y arraigo territorial

Sin duda alguna, tal y como hemos expresado, la actividad de fomento a través del otorgamiento de subvenciones (y otorgamiento de beneficios fiscales) es la vía más adecuada para tratar de promover actividades económicas en las zonas despobladas y fijar la población, permitiéndose, además, el establecimiento de criterios de arraigo territorial para la concesión de las mismas.

Precisamente, la propia Ley 20/2013 de garantía de la unidad de mercado ya señala, en su artículo 18.2, letra b), que la obligación de operar en el territorio de la autoridad competente, o de generar actividad económica en el mismo, para la obtención de ventajas económicas vinculadas a las políticas de fomento desarrolladas por dicha autoridad, no se considerará un requisito discriminatorio.

En este contexto de lucha contra la despoblación, los legisladores autonómicos establecen y promueven la inclusión de criterios de arraigo territorial en zonas despobladas para el otorgamiento de subvenciones.

Así, por ejemplo, el artículo 22 de la Ley de Castilla-La Mancha 2/2021, de 7 de mayo, de Medidas Económicas, Sociales y Tributarias frente a la *Despoblación*, señala lo siguiente:

“1. Las bases reguladoras y convocatorias de ayudas y subvenciones del sector público regional incorporarán criterios de incentivación positiva

y medidas de apoyo específico para solicitantes de zonas escasamente pobladas o en riesgo de despoblación, siempre que los referidos incentivos sean compatibles con el objeto, finalidad, intensidad y niveles máximos de las ayudas, de acuerdo con la normativa que resulte de aplicación en la materia, que podrán consistir en:

- a) Establecer líneas de ayudas específicas para estas zonas.
- b) Reservar una parte del crédito total de las convocatorias para proyectos procedentes de dichas zonas.
- c) Incrementos porcentuales de como mínimo un 20 % de la intensidad de la ayuda, que podrá alcanzar hasta el 40 %, en el caso de proyectos de zonas de extrema despoblación.
- d) Otorgar puntuación adicional en los procesos de concurrencia, de al menos el 20 % del total de la puntuación prevista, que podrá alcanzar el 40 %, en el caso de proyectos de zonas de extrema despoblación.

2. Asimismo, el sector público regional podrá condicionar la obtención de los incentivos adicionales indicados en el párrafo precedente, cuando el solicitante sea persona física, a la acreditación de la estancia efectiva en las zonas escasamente pobladas y en riesgo de despoblación”.

Del mismo modo, el artículo 31.1 de la Ley de la Comunidad Valenciana 5/2023, de 13 de abril, integral de medidas contra el despoblamiento, indica lo siguiente:

“1. En las bases reguladoras de las ayudas y subvenciones de ámbito general, y en función de la naturaleza de la subvención, el órgano proponente podrá incorporar requisitos, criterios de priorización o mecanismos de discriminación positiva, dentro de los márgenes previstos por la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y la normativa autonómica de aplicación, con el fin de impulsar proyectos y actividades de tipo empresarial, social, asociativo, cultural o medioambiental en los municipios en riesgo de despoblamiento, de modo que se favorezca la permanencia de las personas en el lugar de residencia y la atracción de nueva población, en pro de la cohesión social y territorial de la Comunitat Valenciana”.

En conclusión, el establecimiento de subvenciones que tengan como finalidad la lucha contra la despoblación y el establecimiento de criterios de arraigo territorial en las bases que otorgan las subvenciones son cauces no solo jurídicamente viables, sino también necesarios para fomentar el desarrollo de actividades económicas y la fijación de población en zonas despobladas.

4. Bibliografía

- Almodóvar Iñesta, M.^a (2022). Los criterios sociales de adjudicación. Especial referencia a la doctrina de los tribunales administrativos de recursos contractuales. *La Administración al Día*, 08/06/2022. Disponible en <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1512890>.
- Aragón Reyes, M. (1996). Constitución económica y libertad de empresa. En J. L. Iglesias Prada (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (vol. 1, pp. 163-180). Madrid: Civitas.
- Armesto Macías, D. y Herrera Molina, P. M.^a (2006). ¿Es ayuda de Estado un tipo de gravamen regional inferior al vigente en el resto del territorio? *Quincena Fiscal*, 13.
- Betetos Agrelo, N. (2002). El uso de la contratación pública para promover el desarrollo territorial equilibrado. En C. Navarro Gómez, Á. R. Ruiz Pulpón, F. Velasco Caballero y J. Castillo Abella (eds.). *Actas del I Congreso interdisciplinar sobre despoblación. Diagnóstico, territorio y gobierno local. CIUDAD REAL. 22 y 23 de septiembre de 2022* (pp. 493-505). Madrid: Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid (IDL-UAM).
- Blanco López, F. (2021). Contratos públicos reservados a micro y pequeñas empresas (MYPE). *ObCP*, 13/12/2021. Disponible en <https://www.obcp.es/opiniones/contratos-publicos-reservados-micro-y-pequenas-empresas-mype>
- Burzaco Samper, M.^a (2019). Concurrencia competitiva, igualdad entre licitadores y discriminación positiva en las reservas de contratos: un análisis desde los conflictos. *CIRIEC-España. Revista Jurídica*, 35, 1-44.
- Descalzo González, A. (2011). Ayudas públicas y defensa de la competencia. En M. Garcés Sanagustín y A. Palomar Olmeda (coords.). *Derecho de las Subvenciones y Ayudas Públicas* (pp. 213-244). Pamplona: Aranzadi.
- Díez Sastre, S. (2010). La contratación pública por debajo del umbral europeo en España y Alemania. El problema de las instrucciones internas. *CEFLegal*, 117, 93-144.
- Fernández Farreres, G. (1993). *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*. Madrid: Civitas.
- (2016). El régimen de las ayudas de Estado y su impacto en el derecho español. *Revista de Administración Pública*, 200, 231-250.
- Fornieles Gil, Á. (2007). *La fiscalità delle regioni ultraperiferiche* [tesis doctoral]. Universidad de Bolonia.
- Gimeno Feliu, J. M.^a (1995). Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento del desarrollo económico (ayudas y subvenciones). *Revista de Administración Pública*, 137, 147-188.

- (2017). La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades. *DA. Nueva Época*, 4, 7-30.
- (2023). Carta a los partidos políticos - En busca de la estrella polar de la contratación pública: Calidad y valor de los resultados a través de una contratación pública estratégica al servicio de la ciudadanía. *ObCP*, 07/07/2023. Disponible en <https://www.obcp.es/opiniones/carta-los-partidos-politicos-en-busca-de-la-estrella-polar-de-la-contratacion-publica>.

Jordana de Pozas, L. (1949). Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, 48, 41-54.

Junceda Moreno, J. (2022). El "arraigo territorial" en los contratos públicos. *La Administración Práctica*, 10.

Lazo Vitoria, X. (2023). El tsunami del "producto local" llega a la contratación pública en España. *Revista General de Derecho Administrativo*, 64.

Melo Fernandes, D. (2023). La contratación de proximidad en el derecho portugués sobre contratación pública. *Revista General de Derecho Administrativo*, 64.

Parejo Alfonso, L. (2003). *Derecho Administrativo*. Barcelona: Ariel.

Pascual González, M. M. (2001). Las ayudas de Estado de carácter regional: Especial incidencia a las ayudas al funcionamiento de naturaleza fiscal. *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, 1, 61-82.

Sainz Moreno, F. (1977). Orden público económico y restricciones de la competencia. *Revista de Administración Pública*, 84, 597-644.

Sarmiento Rodríguez-Escudero, D. (2004). *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Valencia: Tirant lo Blanch.