Observatorio de contratos públicos 2010

Observatorio de contratos públicos 2010

Director
JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU

Coordinador
MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY

Autores
ANA ISABEL BELTRÁN GÓMEZ
TERESA BRUNETE DE LA LLAVE
JAIME DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA
ISABEL GALLEGO CÓRCOLES
ISAAC MARTÍN DELGADO
TERESA MEDINA ARNÁIZ
JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA
JESÚS PUNZÓN MORALEDA
FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ
ALFONSO RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE

Universidad Zaragoza
1542

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE CIENCIA E INNOVACIÓN

CIVITAS

THOMSON REUTERS

Primera edición, 2011



El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (*www.conlicencia.com*; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Civitas es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2011 [Thomson Reuters (Legal) Limited / José María Gimeno Feliu y otros]
Editorial Aranzadi, SA
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-470-3795-7
Depósito Legal: NA 2702/2011
Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 - Pamplona

SUMARIO

Página

PRESENTACIÓN 19

I. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

CAPÍTULO 1

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EL DERECHO COMUNITARIO. CUESTIONES PENDIENTES 23

1. Nuevos objetivos para la política de contratación pública de la Unión Europea 23

1.1. La eficiencia del gasto público 25

1.2. La contratación pública como herramienta al servicio de las políticas públicas 26

1.3. La integridad de los procedimientos de compra pública 26

2. Hacia la modernización del Derecho europeo de contratos públicos 27

2.1. Ámbito de aplicación de las Directivas: Umbrales. Definiciones. Servicios A/B 27

2.2. Modernización y simplificación de los procedimientos 28

2.3. La fase de ejecución de los contratos públicos 32

2.4. Contratación pública y políticas públicas: La innovación 32

2.5. Acceso al mercado de contratos públicos. El caso especial de las PYMES 33

2.6. Colaboración vertical y horizontal entre poderes adjudicadores y aplicación de las Directivas de contratos públicos 34

3. Las concesiones de servicios en el Derecho europeo de contratos públicos 37

CAPÍTULO 2

COMPRANDO PARA ASEGURAR NUESTRO FUTURO: LA UTILIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA LA CONSECUCIÓN DE LOS OBJETIVOS POLÍTICOS DE LA UNIÓN EUROPEA ... 43

1. Introducción 43

Página

2. Los objetivos secundarios en la contratación pública desde el Derecho de la Unión Europea ... 48

2.1. Los primeros pasos para la incorporación de objetivos secundarios en las compras públicas ... 52

2.2. Las Directivas en materia de contratación pública: las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE ... 57

2.3. Después del año 2004: nuevas propuestas para afrontar nuevos compromisos ... 59

3. Los objetivos políticos de la unión europea en el horizonte 2020 ... 64

4. La contribución de la contratación pública a la consecución de los objetivos «Europa 2020» ... 66

4.1. El impulso de la eficiencia energética y la reducción de emisiones de gases invernadero ... 66

4.2. La lucha contra la pobreza y la exclusión social ... 75

4.2.1. Los aspectos sociales en la fase previa a la licitación ... 80

4.2.1.1. La definición del objeto contractual ... 80

4.2.1.2. Definición de las prescripciones técnicas ... 81

4.2.2. En la fase de selección del contratista ... 84

4.2.3. En la fase de adjudicación contractual ... 85

4.2.4. En la fase de cumplimiento del contrato ... 86

4.2.5. Las reservas sociales de contratos ... 89

4.3. La apuesta por una compra pública innovadora y precomercial ... 90

4.3.1. Compra pública innovadora ... 92

4.3.2. Compra pública precomercial ... 94

5. Bibliografía ... 97

II. NOVEDADES EN LA LEGISLACIÓN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO 3

LAS ÚLTIMAS REFORMAS LEGISLATIVAS EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS Y EL FUTURO PRÓXIMO. CRÓNICA DE UNA AVALANCHA NORMATIVA ... 105

1. Las constantes reformas del Derecho de la contratación pública desde la aprobación de la LCSP y la inseguridad jurídica resultante ... 105

Página

2. Las reformas de la LCSP adoptadas como medidas para luchar contra la crisis económica: Los Fondos Estatales de Inversión local y para el empleo y la sostenibilidad local, los Decretos-Leyes 5, 6 y 8/2010 y la Ley 15/2010, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales 107

3. La Ley 34/2010 y su objetivo de incorporación de las obligaciones comunitarias en materia de recursos en los procedimientos de contratación pública 114

4. La creación del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales y de Tribunales Autonómicos para la resolución del recurso especial en materia de contratación 118

5. Las principales reformas introducidas en la LCSP por la Ley de Economía Sostenible 122

CAPÍTULO 4

MEDIDAS ADOPTADAS POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS 125

1. Introducción 125

2. Medidas que pretenden incrementar el control y la «sostenibilidad» de las finanzas públicas 127

3. Medidas tendentes a la simplificación y la eficiencia en la contratación pública 130

4. Medidas en materia social y medioambiental 136

4.1. Medidas en materia social 136

4.2. Medidas en materia medioambiental 140

CAPÍTULO 5

REFLEXIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS 143

1. Presentación de las novedades en materia de ejecución de los contratos (2010-primer trimestre 2011) 144

2. El régimen de pago de los contratos 145

2.1. El plazo de pago de los contratos 146

2.1.1. La lucha contra la morosidad en las operaciones contractuales. Crónica de su evolución normativa 146

Página

2.1.2. La cuestión del ámbito subjetivo de la Ley 3/2004, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y del art. 200.4 LCSP tras su modificación por la Ley 15/2010, de 5 de julio 149

2.1.3. Plazos de pago. La polémica en torno a la cuestión de su cómputo..... 153

2.1.4. Régimen transitorio de adaptación de plazos de pago en los contratos públicos y Directiva 2011/7/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.... 158

2.2. Los intereses de demora privilegiados 160

2.3. La indemnización por los costes de cobro 165

2.4. El nuevo procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones Públicas 167

2.4.1. La judicialización de las reclamaciones ¿una vía eficiente?..... 167

2.4.2. Una opción alternativa: las reclamaciones ante el Tribunal Administrativo de recursos en materia de contratos..... 170

2.5. Informes de morosidad y control de facturas en las Entidades Locales 172

3. El nuevo régimen jurídico de la modificación de los contratos públicos 174

3.1. Consecuencias de la sistemática utilizada para abordar la regulación del régimen de modificación de los contratos..... 176

3.2. La modificación de los contratos públicos: régimen general..... 180

3.2.1. Ámbito de aplicación del régimen de modificación de contratos públicos: las modificaciones por causas objetivas 180

3.2.2. Modificaciones previstas en la documentación (Pliego o anuncio) que rige la licitación (art. 92.ter) 182

3.2.3. Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación (art. 92.quáter)..... 185

3.2.4. Una reflexión sobre las causas de modificación de los contratos no previstas en la documentación que rige el contrato..... 192

3.2.5. Régimen transitorio 194

Página

4. Novedades en materia de cesión de contratos y subcontratación 195

4.1. Régimen especial de la cesión de los contratos para el caso de concurso del adjudicatario 195

4.2. Novedades en el régimen de subcontratación (I): La excepción a la acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra 196

4.3. Novedades en el régimen de subcontratación (II): la celebración de subcontratos en el Proyecto de Ley de contratos del sector público en los ámbitos de la seguridad y la defensa 200

5. El control de los incidentes en fase de ejecución de los contratos .. 202

5.1. La necesidad de fomentar el arbitraje para la resolución de conflictos en materia de contratos públicos 202

5.2. La ampliación del ámbito objetivo del recurso especial en materia de contratación pública y de la competencia de los Tribunales Administrativos encargados de su conocimiento 203

III. EL SISTEMA DE GARANTÍAS JURÍDICAS EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS

CAPÍTULO 6

EL NUEVO SISTEMA DE RECURSOS EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS 211

1. El control en los contratos públicos y las soluciones del Derecho comunitario 211

2. La trasposición en España. El nuevo recurso especial tras la Ley 34/2010, de 5 de agosto. Régimen jurídico 229

2.1. La creación de un órgano administrativo independiente para el control. La nota de la especialización 234

2.2. El objeto del recurso especial. Elementos para su «eficacia» 239

2.3. El plazo del recurso especial 242

2.4. La tramitación del recurso especial. Su régimen jurídico 245

3. Valoración de la nueva regulación y su eventual «volatilidad» 251

CAPÍTULO 7

CONTRATOS PÚBLICOS Y RÉGIMEN «CUALIFICADO» DE INVALIDEZ: SUPUESTOS ESPECIALES Y CUESTIÓN DE NULIDAD 259

1. Cuestiones previas sobre nulidad, anulabilidad e ineficacia en la ley de contratos del sector público 259

Página

2. La «ineficacia» como sanción de los incumplimientos más groseros del derecho europeo de la contratación pública y sus implicaciones en derecho español ... 264

3. El nuevo régimen de invalidez privilegiado: los supuestos de nulidad ... 276

3.1. Ámbito de aplicación de los supuestos especiales de nulidad ... 276

3.2. Los vicios de nulidad ... 278

3.2.1. La indebida adjudicación sin previa publicación de un anuncio de licitación y sus excepciones ... 278

3.2.2. Formalización del contrato con vulneración del plazo suspensivo o de la suspensión automática del art. 311 LCSP ... 286

3.2.3. Adjudicación ilegal de contratos basados en acuerdos marco o sistemas dinámicos de contratación ... 292

4. La creación de un régimen de invalidación específico: la cuestión de nulidad ... 295

5. Los efectos de la declaración de nulidad y la posible conservación de efectos del contrato nulo ... 305

5.1. Ineficacia frente a conservación de los efectos del contrato en los supuestos en los que concurra una razón imperiosa de interés general ... 305

5.2. Sanciones alternativas a la ineficacia ... 310

5.3. La tutela del adjudicatario en los supuestos de la reducción de la duración del contrato ... 312

5.4. La compensación del recurrente en los supuestos de mantenimiento de la eficacia del contrato ... 314

6. Consideraciones finales ... 316

IV. CUESTIONES DE ÁMBITO SECTORIAL

CAPÍTULO 8

COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: PRESENTE Y FUTURO ... 321

1. Introducción ... 321

Página

2. CPP y contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado: deslinde ... 324

3. El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Notas esenciales ... 329

4. CPP versus privatización ... 331

5. El interés de la unión Europea por la CPP ... 336

6. CPP y crisis económica ... 339

7. Experiencias ... 345

8. Fortalezas y debilidades de la colaboración público-privada ... 347

CAPÍTULO 9

DE LAS PALABRAS A LOS HECHOS: ESTUDIO DEL MODELO VASCO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA (MVCPE): «UN MODELO SENCILLO, DISPONIBLE Y SEGURO» ... 351

1. Antecedentes y situación actual ... 352

1.1. Qué es el modelo vasco de contratación pública electrónica ... 352

1.2. Hitos del MVCPE ... 354

1.3. Algunos datos del MVCPE ... 355

1.4. Abundante documentación a su servicio ... 357

2. Principios estratégicos del modelo ... 358

2.1. Recomendaciones implantadas ... 359

2.2. Recomendaciones por implantar ... 360

2.3. Recomendaciones no interesantes ... 361

3. Beneficios obtenidos de la implantación del modelo ... 361

4. No todo será un camino de rosas ... 364

4.1. La gestión del cambio ... 365

4.2. El centro de soporte a los usuarios ... 366

4.3. La formación ... 366

4.3.1. Formación presencial ... 367

4.3.2. Formación no presencial ... 368

5. Componentes aplicativos de la arquitectura del modelo ... 368

Página

5.1. Propios de la contratación pública electrónica 369
5.1.1. Aplicación de gestión de expedientes de contratación 369
5.1.2. Registro delicitadores o contratistas 369
5.1.3. Clasificación de empresas 369
5.1.4. Web de registro y clasificación de empresas 370
5.1.5. Registro de contratos 370
5.1.6. Sistema de licitación electrónica 370
5.1.7. Web informativa a licitadores. El perfil de contratante 370
5.1.8. Aplicación de gestión de compra y almacenes 371
5.1.9. Web de proveedores 371
5.1.10. Centro de soporte a usuarios 371
5.1.11. Gestión de las alertas tempranas 371
5.2. Comunes a la administración electrónica general 372
5.2.1. Certificación, tarjeta y firma electrónica reconocida 372
5.2.2. Servicio horizontal de notificación electrónica 372
5.2.3. Anotación automática en el libro de entradas y salidas de los documentos que se reciben y que se envían 372
5.2.4. Mis gestiones. ¿Cómo está lo mío? 372
5.2.5. Otros 372

6. El concepto de «alerta temprana» 373

7. Licitaciones de prueba a disposición de las empresas 376

CAPÍTULO 10

CONTRATACIÓN PÚBLICA «VERSUS» ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA: HACIA LA PLENA APLICABILIDAD DE LA LAE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA 379

1. Consideraciones generales 379

2. La posición de la LAE en el sistema de fuentes 385
2.1. Planteamiento 385
2.2. La función constitucional de la LAE y la vinculación horizontal de lo común en materia de procedimiento administrativo 387
2.3. Conclusiones 395

Página

3. La relación entre fines, principios y derechos consagrados en la LAE y la incoherencia de la LCSP ... 396
3.1. La relación entre fines, principios y derechos en la LAE ... 396
3.2. La innecesaria reiteración de exigencias, la incoherencia de la LCSP en relación con los principios y la ausencia de novedades ... 398
3.3. La –salvable– incoherencia de la LCSP en relación con los derechos 403
3.4. La incoherencia de la LCSP en relación con las instituciones de régimen jurídico ... 410
3.5. Conclusión: la necesidad de una labor interpretativa ... 411

CAPÍTULO 11

SIMPLIFICACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. ESPECIAL REFERENCIA A LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA ADMINISTRATIVA ... 413

1. Introducción ... 413

2. Antecedentes respecto a la simplificación administrativa y en materia de contratos ... 415
2.1. Algunos ejemplos generales en materia administrativa ... 415
2.2. Antecedentes en materia de simplificación en la Unión Europea ... 425
2.3. Antecedentes a la LCSP en cuanto a la idea «simplificativa» en materia de contratos ... 428

3. El principio de simplificación administrativa a partir de la LCSP .. 437

4. Conclusiones ... 449

5. Bibliografía ... 454

CAPÍTULO 12

CONTRIBUCIONES AL LIBRO VERDE SOBRE LA MODERNIZACIÓN DE LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA UE. HACIA UN MERCADO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA MÁS EFICIENTE [COM (2011) 15 FINAL], DE 27 DE ENERO DE 2011, PRESENTADAS POR LOS MIEMBROS INVESTIGADORES DEL PROYECTO FINANCIADO POR EL MINISTERIO DE CIENCIA E INNOVACIÓN DEL REINO DE ESPAÑA SOBRE «NUEVOS ESCENARIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: URBANISMO, CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y COOPERACIÓN INTERSUBJETIVA» (REF. DER JURI 2009-12116) ... 459

1. El Proyecto de investigación sobre Nuevos escenarios de la contratación pública: Urbanismo, contratación electrónica y cooperación intersubjetiva ... 460

Página

2. Contribuciones al Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente (COM(2011) 15 final) 461

2.1. ¿De qué tratan las normas de contratación pública? 461

2.1.1. Actividades de compra 461

2.1.2. Contratos públicos 462

2.1.3. Compradores públicos 465

2.2. Mejora de las herramientas de que disponen los poderes adjudicadores 467

2.2.1. Modernización de los procedimientos 467

2.2.2. Instrumentos específicos para los pequeños poderes adjudicadores 473

2.2.3. Cooperación dentro del sector público 475

2.2.4. Herramientas adecuadas para la agregación de la demanda/contratación conjunta 478

2.2.5. Interrogantes acerca de la ejecución del contrato 479

2.3. Un mercado europeo de la contratación pública más accesible 481

2.3.1. Mejora del acceso para las PYME y las empresas incipientes 482

2.3.2. Asegurar una competencia leal y efectiva 485

2.3.3. Contratación en los casos de inexistencia de competencia o de derechos exclusivos 487

2.4. Utilización estratégica de la contratación pública en respuesta a nuevos desafíos 487

2.4.1. «Cómo comprar» para realizar los objetivos de Europa 2020 487

2.4.2. «Qué comprar» en apoyo de los objetivos políticos de Europa 2020 498

2.4.3. Innovación 501

2.4.4. Servicios sociales 503

2.5. Asegurar la integridad de los procedimientos 505

2.5.1. Prevención de los conflictos de intereses 505

2.5.2. Lucha contra el favoritismo y la corrupción 507

2.5.3. Exclusión de los licitadores deshonestos 511

		Página
	2.5.4. Prevención de ventajas injustas	514
2.6.	*Acceso de los proveedores de terceros países al mercado de la UE*	514
2.7.	*Otras cuestiones*	515

Presentación

Como recuerda el profesor García de Enterría, es misión del servicio público universitario la formación de profesionales y científicos superiores, pero dentro de una enseñanza constante puesta en cuestión ella misma, abierta a la investigación y al cambio permanente, plural y no dogmática, unida, por tanto, inescindiblemente a la elaboración de la ciencia[1]. La Universidad se distingue por ser, sobre todas las instituciones de enseñanza, el centro superior de creación del saber, de la ciencia, de la cultura, de su reelaboración y de su crítica. La tarea investigadora seria y constante del profesor universitario es su más valiosa aportación personal a la «misión de la Universidad» ya que no se limita a una transmisión aséptica de los conocimientos recibidos, y por tanto, de las realidades de cada momento, sino por su permanente puesta en tela de juicio, su revisión, su análisis, algo que, como indica el profesor L. Martín-Retortillo, debe ser consustancial al profesor universitario[2]. Tarea ésta, especialmente valiosa en el ámbito de lo jurídico y más si cabe en el Derecho Administrativo, dado que sus destinatarios son las generaciones que en un futuro próximo habrán de asumir la responsabilidad socio-política de nuestra sociedad.

Sobre esta premisa se presenta el resultado de los trabajos realizados por el Grupo de Investigación del Proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación NUEVOS ESCENARIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: URBANISMO, CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y COOPERACIÓN INTERSUBJETIVA REF: DER 2009-12116. (período 2010-2012) que fijó como uno de los objetivos principales la constitución de un «Observatorio de la contratación pública en España» que pudiera servir para pulsar la situación de la contratación de las Entidades del Sector Público en España (pero con reseñas de Derecho comunitario y

1. García de Enterría, «La autonomía universitaria», RAP núm. 117, 1988, pp. 7 y ss.
2. En sus palabras, para enseñar ciencia es preciso antes hacerla. *El vía crucis de las libertades públicas*, Cuadernos para el diálogo, Madrid, 1976, p. 126.

de Derecho comparado) con respecto a una serie de parámetros, con la finalidad de aportar soluciones interpretativas y de lege ferenda a una materia de indudable valor socio-económico, pero también dogmático, dada su marcado trasversal y estructurante . Para ello, como paso previo se entendió conveniente la realización de Seminarios especializados para debatir sobre las cuestiones actuales en la regulación, en un escenario de «movimiento» permanente de la legislación vigente, con indudables impactos de inseguridad jurídica y, en consecuencia, económicas, en un sector ciertamente sensible.

En este Libro Observatorio de la Contratación Pública se incluyen las intervenciones del Seminario organizado a tal efecto en la Universidad de Castilla-La Mancha (Albacete) este marzo de 2011, incorporando como Anexo las respuestas dadas por el Grupo al Libro Verde *sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente* [COM (2011) 15 final], de 27 de enero de 2011.

En definitiva, con este libro colectivo se pretende cumplir uno de los objetivos de la investigación –previendo la adecuada difusión entre la comunidad científica y práctica– a la vez que pretende ser inicio de la proyección que anualmente se hará sobre el estado y debate de la regulación y políticas de la contratación pública.

I. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Capítulo 1

La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes

ALFONSO RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE[1]
Vocal y Vicesecretario de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado

MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1. NUEVOS OBJETIVOS PARA LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA UNIÓN EUROPEA. *1.1. La eficiencia del gasto público. 1.2. La contratación pública como herramienta al servicio de las políticas públicas. 1.3. La integridad de los procedimientos de compra pública.* 2. HACIA LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS PÚBLICOS. *2.1. Ámbito de aplicación de las Directivas: Umbrales. Definiciones. Servicios A/B. 2.2. Modernización y simplificación de los procedimientos. 2.3. La fase de ejecución de los contratos públicos. 2.4. Contratación pública y políticas públicas: La innovación. 2.5. Acceso al mercado de contratos públicos. El caso especial de las PYMES. 2.6. Colaboración vertical y horizontal entre poderes adjudicadores y aplicación de las Directivas de contratos públicos.* 3. LAS CONCESIONES DE SERVICIOS EN EL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS PÚBLICOS.

1. NUEVOS OBJETIVOS PARA LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA UNIÓN EUROPEA

La Comisión anunció en el Acta del Mercado Único[2] que, basándose

1. Miembro del Comité Consultivo para los Contratos Públicos de la Comisión Europea y del Grupo Contratos Públicos del Consejo.
2. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Hacia un Acta del Mercado Único: Por una economía social de mercado altamente competitiva*, de 27 de octubre de 2010, COM(2010) 608.

en un amplio proceso de consulta, presentaría, a principios de 2012 a más tardar, propuestas legislativas orientadas a simplificar y modernizar las normas europeas sobre contratación pública, con objeto de agilizar la adjudicación de contratos, y a hacer posible una mejor utilización de los contratos públicos en apoyo de otras políticas. Las dos piezas fundamentales de ese proceso de consulta a que se refería la Comisión son los Libros Verdes recientemente publicados por la Comisión, uno relativo a *la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la Unión Europea* [COM (2010) 571 final], publicado el pasado 18 de octubre de 2010, y otro más reciente, publicado el 27 de enero de 2011 sobre *la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente* [COM (2011) 15 final][3]. Ambos documentos fueron ampliamente difundidos con la finalidad de que los diferentes órganos de contratación tuvieran conocimiento de las iniciativas para que, de tal forma, pudieran colaborar en las mismas expresando su opinión al cumplimentar los cuestionarios.

La Comisión expuso a los Estados miembros en las reuniones del Comité Consultivo para los Contratos Públicos celebradas el 13 de octubre y el 15 de diciembre de 2010 los fines perseguidos en ambas acciones entre los que destacó el anuncio de la adopción de una iniciativa legislativa dirigida al Parlamento Europeo y al Consejo a finales del año 2011, en la que se modificarían las Directivas sobre contratos públicos con el fin de simplificar el sistema regulador del procedimiento de adjudicación de los contratos, potenciar y favorecer la aplicación de la contratación electrónica, así como corregir algunos aspectos puntuales, indicando que para ello se tendría en cuenta las iniciativas que las distintas delegaciones que integran el Comité y los diversos sectores implicados en la contratación pública expusieran en las encuestas vinculadas a ambos libros verdes. Advirtió que, en todo caso, deberán respetarse las normas contenidas en el Acuerdo sobre Contratación Pública[4] de la Organización Mundial del Comercio (ACP) cuyas negociaciones para aprobar un nuevo texto se encuentran en su fase final. Comentó que los

3. Accesible desde *http://europa.eu/documentation/official-docs/greenpapers/index_es. htm*.
4. Sobre el ACP puede obtenerse información en Internet en la URL *http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm*.
   El ACP se basa en los principios de apertura, transparencia y no discriminación, aplicables a las actividades de contratación de las Partes que lo han suscrito para beneficio de esas Partes y de sus proveedores, mercancías y servicios. El texto del Acuerdo comprende las normas específicas que ponen en aplicación esos principios.

servicios de las DG Mercado Interior esperan recibir en el mes de junio el estudio de evaluación de impacto.

Según se señala en el Libro Verde sobre *la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea*, habida cuenta del papel fundamental que desempeña la contratación pública para hacer frente a los retos de la actualidad, es preciso modernizar las herramientas y los métodos existentes a fin de hacerlos más adecuados para responder a la evolución del contexto político, social y económico. En este sentido, la modernización de la política de contratación pública pasa por incrementar la eficiencia del gasto público asociado a las compras públicas, ponerla al servicio del desarrollo de las políticas públicas y asegurar la integridad de los procedimientos.

1.1. LA EFICIENCIA DEL GASTO PÚBLICO

Este objetivo incluye, por un lado, buscar los mejores resultados posibles de la contratación (la máxima rentabilidad de las inversiones). Para alcanzar este objetivo, es fundamental generar la competencia más fuerte posible por los contratos públicos que se adjudican en el mercado interior. Se debe dar a los licitadores la oportunidad de competir en condiciones equitativas y deben evitarse los falseamientos de la competencia. Al mismo tiempo, es crucial incrementar la eficiencia de los procedimientos de contratación como tales: la racionalización de los procedimientos de contratación, con medidas de simplificación específicamente adaptadas a las necesidades particulares de los pequeños poderes adjudicadores, podría ayudar a los contratadores públicos a lograr los mejores resultados posibles de la contratación con la menor inversión posible, en términos de tiempo y de dinero público. Unos procedimientos más eficientes beneficiarán a todos los operadores económicos y facilitarán la participación de las PYMES y de los licitadores transfronterizos. De hecho, la participación transfronteriza en los procedimientos de contratación pública en la Unión Europea sigue siendo baja[5]. La comparación con el sector privado, donde el comercio transfronterizo es mucho mayor, muestra que hay un potencial considerable aún por aprovechar. La transcendencia de la participacion de las PYMES resalta por si misma en la consideración de que el tejido empresarial de nuestro pais se integra por un 99,88 por 100 de

5. Según los estudios recientes, solo el 1,6% de los contratos públicos se adjudica a operadores de otros Estados miembros. La participación transfronteriza indirecta –a través de empresas filiales o asociadas situadas en el Estado miembro del poder adjudicador– es más frecuente. No obstante, incluso la tasa de adjudicaciones transfronterizas indirectas sigue siendo relativamente baja (11%).

pequeñas y medianas empresas[6], auténtico motor en la creación de puestos de trabajo.

1.2. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO HERRAMIENTA AL SERVICIO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Otro objetivo de la contratación pública es permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes, como proteger el medio ambiente, hacer un uso más eficiente de los recursos y de la energía y luchar contra el cambio climático, promover la innovación y la inclusión social y asegurar las mejores condiciones posibles para la prestación de servicios públicos de alta calidad. La búsqueda de este objetivo puede contribuir también a la realización del primero –un gasto público más eficiente a largo plazo– por ejemplo, al conceder menos prioridad al menor precio inicial en favor del menor coste del ciclo de vida[7]. Las cuestiones relacionadas con este objetivo se debaten en la parte 4 del Libro Verde (utilización estratégica de la contratación pública).

1.3. LA INTEGRIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS DE COMPRA PÚBLICA

Junto a los anteriores, podría plantearse también un mayor desarrollo de la legislación de la Unión Europea sobre contratación pública para abordar cuestiones importantes que hasta ahora no han sido tratadas suficientemente, como la prevención de la corrupción y el favoritismo y la lucha contra ellos y la cuestión de cómo mejorar el acceso de las empresas europeas a los mercados de terceros países. Además, la revisión del marco legislativo será también una ocasión para examinar si es preciso perfeccionar determinadas nociones y conceptos básicos para dar mayor seguridad jurídica a los poderes adjudicadores y a las empresas. En este contexto, la revisión puede ofrecer la oportunidad de au-

6. Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa, Subdirección General de Fomento Empresarial, «Retrato de la PYME 2011». Según el Directorio Central de Empresas (DIRCE), a 1 de enero del año 2010 había en España 3.283.495 PYME (empresas comprendidas entre 0 y 249 asalariados). Es decir, el 99,88 por ciento de las 3.287.374 empresas que conforman el censo, excluida la agricultura y la pesca. Se consideran pequeñas empresas las que están integradas por hasta 49 asalariados, mientras que el calificativo de medianas empresas se atribuye aquellas que disponen de 50 a 249 asalariados.
7. Un ejemplo clásico es el de rentables inversiones en eficiencia energética que no se han llevado a cabo porque la inversión y los gastos operativos se gestionan por separado en procesos presupuestarios diferentes.

mentar la convergencia entre la aplicación de las normas de la Unión Europea sobre contratación pública y sobre ayudas estatales.

2. HACIA LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS PÚBLICOS

A resultas del proceso de consulta lanzado con la publicación del Libro Verde el pasado 27 de enero de 2011, la modernización de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos pasaría por una modificación singular y extensa de las mismas. A continuación se señalan algunas de las medidas en las que se está pensando (y sobre las cuales se lanza la consulta a las partes interesadas) para materializar esa modernización de la política de contratación pública.

2.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS: UMBRALES. DEFINICIONES. SERVICIOS A/B

En relación al ámbito de aplicación de las Directivas por razón de la cuantía de los contratos, algunas partes interesadas consideran demasiado bajos los umbrales definidos en las Directivas y, en consecuencia, piden que se eleven, alegando que el interés transfronterizo resulta demasiado limitado para justificar la carga administrativa que conlleva un procedimiento de adjudicación en el caso de los contratos de valor relativamente bajo actualmente cubiertos por las Directivas. En cualquier caso, se ha de observar que todos los compromisos internacionales asumidos por la Unión Europea incluyen umbrales fijados exactamente al mismo valor que los de las Directivas actuales. Estos umbrales determinan las oportunidades de acceso al mercado y son uno de los elementos más importantes de todos estos acuerdos. Cualquier aumento de los umbrales aplicables en la Unión Europea implicaría automáticamente un aumento correspondiente en todos los acuerdos celebrados por la Unión Europea (es decir, no solo en el ACP, sino también en todos los demás acuerdos internacionales) si hubiera acuerdo sobre la opción por los países terceros partes de los convenios.

Por otra parte, en el marco del proceso de simplificación de la normativa europea sobre contratos públicos, parece haber cierta voluntad de aproximar las definiciones de los contratos contenidas en las Directivas a las que recoge el Acuerdo sobre Contratación Pública. En este sentido, se podrían establecer solo dos tipos de contratos públicos, como en el sistema del ACP, donde se distingue únicamente entre contratos

de suministro y de servicios, al considerarse las obras una forma de prestación de servicio («contrato de servicios de construcción»). Podría estudiarse la posibilidad de utilizar un concepto unificado de contrato público y de diferenciar según el objeto solo cuando sea estrictamente necesario (por ejemplo, en las disposiciones sobre los umbrales).

Asimismo, en relación con los contratos de servicios, en las Directivas actuales se hace una distinción entre los llamados «servicios A» y «servicios B», según determina en los Anexo II, A y B de la Directiva 2004/18/CE). Mientras que los servicios A están sujetos a los procedimientos íntegros de las Directivas, las adjudicaciones de contratos para los servicios B solo tienen que cumplir las disposiciones relativas a las especificaciones técnicas y al envío de un anuncio sobre los resultados del procedimiento de adjudicación. Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando adjudiquen contratos para servicios de la categoría B los poderes competentes deben cumplir las normas fundamentales el Derecho primario de la Unión Europea, en particular los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia, si los contratos en cuestión presentan un interés transfronterizo cierto.

Existen algunas dudas acerca de si esta situación sigue siendo apropiada a la luz de la evolución económica y jurídica del mercado interior. Para algunos de los servicios explícitamente mencionados en la lista «B», como los servicios de transporte fluvial y marítimo, hostelería, colocación y suministro de personal o los de seguridad, resulta ciertamente difícil suponer que presenten un interés transfronterizo menor que los servicios de la lista «A». La solución más consecuente sería eliminar la distinción entre los actuales servicios «B» y «A» y aplicar el régimen estándar a todos los contratos de servicios. Esto tendría la ventaja de simplificar las normas existentes. Si la consulta actual muestra que es preciso simplificar el régimen general, esa simplificación podría facilitar también la abolición del actual régimen especial para los servicios «B».

2.2. MODERNIZACIÓN Y SIMPLIFICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS

Entre los temas principales del debate sobre la modernización de los procedimientos de adjudicación se encuentra el de si los actualmente establecidos en las Directivas siguen siendo plenamente adecuados para las necesidades de los poderes adjudicadores y los operadores económicos, o si deben modificarse –y, en tal caso, cómo– sobre todo para reducir su complejidad y las cargas administrativas, garantizando al mismo

tiempo la lealtad de la competencia por los contratos públicos y la optimización de los resultados de la contratación. Por tal motivo, los diferentes tipos de procedimientos deben ser objeto de un examen minucioso respecto a su eficiencia, para que puedan optimizarse los resultados de la contratación con la menor carga administrativa posible.

En este sentido, una de las constantes críticas a los procedimientos de contratación actuales es su falta de flexibilidad. Se viene reclamando un mayor margen de negociación de las condiciones del contrato con los licitadores potenciales, incluso en procedimientos donde ahora no resulta posible hacerlo (abierto y restringido). Sin embargo, las posibles ventajas de una mayor flexibilidad y una posible simplificación deben contraponerse con el aumento de los riesgos de favoritismo y, más en general, de que la mayor discrecionalidad de que disfrutarán los poderes adjudicadores en el procedimiento negociado dé lugar a decisiones demasiado subjetivas. Esta subjetividad, a su vez, haría más difícil demostrar que el contrato resultante no se benefició de ayuda estatal. Debe evaluarse cuidadosamente para qué tipo y tamaño de contratos tendría sentido la negociación. Las partes interesadas sostienen a menudo que la negociación sería particularmente apropiada para la adjudicación de contratos pequeños.

Junto a los procedimientos actualmente vigentes (abierto, restringido, negociado y diálogo competitivo) quizás resultaría conveniente el diseño e incorporación a las Directivas de un nuevo procedimiento de adjudicación de contratos públicos, de carácter simplificado en el que se redujeran aquellos aspectos de los trámites formales que pueden operar en determinados momentos del desarrollo del procedimiento de adjudicación.

Citemos algunos supuestos de simplificación posible:

– Sustitución de los documentos que determinan los pactos y obligaciones que se contraen, pasando de dos pliegos a uno.

– Publicidad, mediante la inserción del anuncio en el perfil del comprador.

– Plazo de presentación de candidaturas u ofertas. La acción requiere el cumplimiento del ACP que solo exige el transcurso de 40 días[8].

8. Tal acción no plantea problema alguno y debemos conocer el por qué de la exigencia de 52 días para presentar ofertas. El ACP fija este plazo en 40 días desde la publicidad a los que las Directivas añaden 12 que originariamente era el tiempo que la OPOCE (Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas) precisaba, con los medios de que disponía en 1971 en que se adopta la primera directiva sobre contratos, para preparar y publicar el anuncio en los diferentes idiomas. Es evidente que con las nuevas tecnologías tal plazo, sin supuestos de reducción puede situarse en 40

– Simplificación de la aportación documental que acredite al propuesto adjudicatario que será el único en aportarla, vieja aspiración de quien presenta esta ponencia que fue presentada a la consideración de la Comisión de expertos para el diagnóstico de los problemas en la contratación pública y que no fue tomada en consideración a pesar la disminución de la carga de trabajo diferida sobre todo por quienes integran las Mesas de Contratación, y de la supresión de la subsanación de documentos que impone una suspensión del procedimiento de valoración de ofertas.

– Aplicación de medios electrónicos en la contratación pública y firme propuesta de aplicación de la contratación electrónica en especial en contratos de suministro y de servicios.

– Aplicación de la contratación electrónica en contratos de cuantía reducida.

– Potenciar, como medida de economía de escala y de reducción de trámites, especialmente en pequeños municipios, la contratación unificada en órganos de contratación de, como señalamos, reducido poder de compra, aplicando la técnica de pluralidad de poderes adjudicadores establecida en el artículo 1.1 de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE.

– En supuestos de contratos SARA potenciar el envío de anuncio previo en la consideración de los beneficios que se generan de tal práctica, considerando que el envío del anuncio, en contratos de suministro y en los de servicios, no se identifica el objeto en particular sino que se refiere a grupos de productos y categoría de servicios (CPV), sin que por otra parte imponga la obligación de licitar el contrato.

– Tanto la aplicación de un nuevo procedimiento como la puesta en práctica de de las opciones descritas requiere una nueva modificación de la Ley 30/2007, de contratos del Sector Público (LCSP), si bien la Comunidad Autónoma de Aragón parece haberse adelantado, al prever en el artículo 10 de su Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, un procedimiento simplificado para la adjudicación de contratos de suministro y de servicios de valor estimado inferior a 150.000 euros y de obras inferior a 2.000.000 euros[9].

---

días a contar desde la publicación del anuncio, plazo que podría reducirse en los supuestos especificados por la Directiva 2004/18/CE. Hoy, si reciben el anuncio por medios informáticos (SIMAP), el plazo de preparación se reduce a 5 días.

9. La novedad que presenta este procedimiento previsto en la legislación aragonesa es que en su tramitación, se sustituyen los Pliegos (de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas) por un documento de condiciones particulares jurídicas, económicas y técnicas del contrato. No se exigirá garantía provisional para participar en la licitación, y la constitución de Mesa de contratación será potestativa. La publicidad de estos procedimientos se realizará en el perfil de contratante. En su tramitación se observarán los (breves) plazos que señala el antecitado artículo 10: plazo de presentación de proposiciones no inferior a diez días naturales ni superior a veinte desde la publicación del anuncio de licitación en el perfil; cinco días hábiles para que el licitador propuesto como adjudicatario presente la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos, y adjudicación del contrato en los diez

Otra importante cuestión es la de la racionalización del trabajo asociado a la tramitación de los procedimientos de contratación. Los poderes adjudicadores se quejan a veces de la carga administrativa que conlleva el requisito de verificar los criterios de selección para todos los candidatos y licitadores antes de examinar los criterios de adjudicación. Alegan que, en algunas circunstancias, permitirles examinar primero los criterios de adjudicación ayudaría a hacer avanzar el proceso con más rapidez, ya que solo habría que examinar los criterios de selección relativos al licitador ganador. En este sentido, podría ser conveniente reconsiderar la organización y el orden del examen de los criterios de selección y adjudicación en el marco del procedimiento.

Aparte de la simplificación de los procedimientos con carácter general, habría que pensar en la simplificación de los trámites procedimentales cuando nos encontremos ante poderes adjudicadores pequeños. Estos poderes adjudicadores pequeños se quejan a menudo de que aplicar íntegramente el régimen de normas de procedimiento y salvaguardias para la adjudicación de sus relativamente pequeños contratos exige una cantidad desproporcionada de tiempo y esfuerzo. Para los pequeños contratos por debajo de los umbrales de las Directivas, aducen también la inseguridad jurídica en relación con la necesidad de cumplir o no los requisitos derivados del Derecho primario. Por eso quizás sería conveniente el diseño de *un marco procedimental más ligero para la adjudicación de contratos por encima de los umbrales de las Directivas por los poderes adjudicadores locales y regionales*. Un elemento de este aligeramiento del marco procedimental podrían ser además de unos requisitos de publicación menos estrictos: de acuerdo con el ACP, un poder adjudicador subcentral puede adjudicar un contrato sin publicar un anuncio de contrato específico, siempre que haya anunciado su intención y haya publicado información específica en un anuncio periódico indicativo o un anuncio sobre la existencia de un sistema de clasificación. Esta opción podría reducir considerablemente la carga administrativa para los poderes adjudicadores. Otra posibilidad podría ser permitir la utilización generalizada del procedimiento negociado con publicación previa de un anuncio de licitación.

---

días hábiles siguientes a la recepción de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos, notificándose la adjudicación de forma simultánea a su publicación en el perfil de contratante. Para la adjudicación de los contratos con arreglo a este procedimiento podrá utilizarse la subasta electrónica regulada en el artículo 132 LCSP.

2.3. LA FASE DE EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Las Directivas actuales no regulan la ejecución del contrato. Sin embargo, algunos problemas que pueden plantearse durante la fase de ejecución pueden afectar gravemente a la no discriminación entre licitadores y a la solidez de la contratación pública en general.

Una cuestión particularmente compleja es la de los cambios posteriores a la adjudicación del contrato («modificados») que tienen una repercusión en el propio contrato o en su ejecución. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la modificación de las disposiciones de un contrato público durante la validez de éste exige un nuevo procedimiento de adjudicación, si introduce diferencias sustanciales con respecto al contrato original. En este sentido, hace falta una aclaración jurídica al nivel de la Unión Europea para establecer las condiciones en las que la modificación de un contrato exige un nuevo procedimiento de adjudicación.

Resulta conveniente para evitar los modificados, especialmente en los contratos de obras, incidir en la importancia que reviste la redacción de los proyectos de obras, pues en la baja calidad de los mismos se encuentra muchas veces la causa de la posterior modificación del contrato.

En el mismo sentido, también debería prestarse atención al establecimiento de las condiciones de ejecución del contrato, así como controlar su cumplimiento, tanto el de las específicas del contrato, por haberlas establecido el órgano de contratación en la documentación que sirve de base para la licitación, como a las que derivan de las condiciones de solvencia que en su momento fueron exigidas para participar en la licitación, cuyo mantenimiento debe exigirse durante todo el período de ejecución del contrato como garantía de su correcta ejecución, así como de las condiciones que derivan de los criterios en su momento utilizados para determinar cuál era la oferta económicamente más ventajosa a la que adjudicar el contrato, como por ejemplo el plazo de ejecución, el porcentaje de subcontratación establecido, o la adscripción de unos concretos medios a la ejecución del contrato.

2.4. CONTRATACIÓN PÚBLICA Y POLÍTICAS PÚBLICAS: LA INNOVACIÓN

En las Directivas actuales sobre contratación pública se adopta un planteamiento flexible que permite a los poderes adjudicadores utilizar

las licitaciones en favor de la innovación, lo cual puede fomentar en la industria la búsqueda de nuevas soluciones avanzadas.

Una manera importante de fomentar la innovación consiste en que los poderes adjudicadores pidan que se desarrollen productos o servicios aún no disponibles en el mercado. Dentro del marco jurídico actual, esto puede hacerse mediante lo que se conoce como «contratación precomercial», que supone la contratación de servicios de investigación y desarrollo para el desarrollo de nuevas soluciones, con miras a la posible compra del producto o el servicio final a través de un procedimiento normal de contratación pública en una fase posterior. Este enfoque permite a las autoridades públicas compartir con los proveedores los riesgos y los beneficios del diseño, el desarrollo de prototipos y la puesta a prueba de una cantidad limitada de nuevos productos y servicios, sin que exista ayuda estatal.

La contratación precomercial puede ayudar a los poderes adjudicadores a aportar mejoras radicales a la calidad y la eficiencia de los servicios públicos, al crear mercados líderes y poner en marcha el desarrollo de nuevas soluciones que supongan un gran avance en el tratamiento de desafíos del sector público para los que no haya productos o servicios preexistentes ya disponibles en el mercado.

Pese a estas diferentes posibilidades de promover la innovación a través de la contratación pública, se ha constatado, sin embargo, que la contratación pública orientada hacia la innovación que se lleva a cabo en Europa es demasiado escasa. Esto puede deberse a una serie de factores, como los siguientes: incentivos inapropiados que favorecen soluciones de bajo riesgo; falta de conocimientos y capacidades sobre la contratación de nuevas tecnologías e innovaciones; desconexión entre la contratación pública y los objetivos políticos y falta de planteamiento estratégico. Por consiguiente, en respuesta a la necesidad de orientación constatada, hace falta debatir de qué modo la aplicación de las normas sobre contratación pública y, en su caso, otras medidas podrían ayudar a los poderes adjudicadores a promover la innovación.

La cuestión se encuentra en fase de estudio por el Comité Consultivo para los Contratos Públicos.

2.5. ACCESO AL MERCADO DE CONTRATOS PÚBLICOS. EL CASO ESPECIAL DE LAS PYMES

Las pequeñas y medianas empresas (PYMES), con su gran potencial de creación de empleo, crecimiento e innovación, son consideradas la

espina dorsal de la economía de la Unión Europea. Facilitarles el acceso a los contratos públicos puede ayudarlas a liberar este potencial de crecimiento e innovación, lo cual tendría una repercusión positiva en la economía europea. Además, una participación fuerte de las PYMES en las compras públicas permite a los poderes adjudicadores ampliar considerablemente la base de potenciales proveedores, con los efectos positivos de incremento de la competencia por los contratos públicos y contrapeso de los agentes dominantes en el mercado.

2.6. COLABORACIÓN VERTICAL Y HORIZONTAL ENTRE PODERES ADJUDICADORES Y APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATOS PÚBLICOS

En los últimos tiempos, y habida cuenta de la escasez de recursos presupuestarios, han aflorado nuevas técnicas que tienen en común la ejecución de prestaciones típicamente contractuales. Para la correcta determinación del régimen aplicable a cada una de estas operaciones debe trazarse una línea divisoria entre los acuerdos entre poderes adjudicadores para llevar a cabo sus tareas amparados por su derecho a la organización autónoma, por un lado, y las actividades de contratación que deben beneficiarse de una competencia abierta entre los operadores económicos, por otro. En concreto, el Tribunal de Justicia ha distinguido dos supuestos de cooperación dentro del sector público que no están regulados por las Directivas sobre contratación pública de la Unión Europea. En primer lugar, la cooperación vertical, institucionalizada, o a nivel interno. Los contratos adjudicados a una entidad pública no se consideran contratación pública si los poderes adjudicadores ejercen sobre la entidad de que se trate un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y esta entidad realiza la parte esencial de su actividad con los poderes adjudicadores. Varios poderes adjudicadores pueden utilizar una sola entidad, controlada conjuntamente a nivel interno.

Al anterior modelo de cooperación se opone el de «cooperación horizontal». En una sentencia más reciente, el Tribunal estableció que la utilización conjunta de entidades controladas internamente no era la única forma posible de cooperación dentro del sector público, y que esa cooperación podía mantenerse a un nivel puramente contractual (cooperación horizontal/no institucionalizada). Las normas de la UE sobre contratación pública no se aplican a este tipo de organización en el caso de que la ejecución conjunta por entidades exclusivamente públicas de una tarea pública, utilizando sus propios recursos, con un objetivo común y vinculadas por mutuos derechos y obligaciones, vaya más allá

de «la ejecución de una tarea a cambio de una remuneración» en aras de la realización de objetivos de interés público.

Interesante es recordar la opinión del Parlamento Europeo reflejada en su resolución legislativa sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones [2006/2043(INI)], cuyos apartados 43 a 48, por su importancia y claridad trascribimos a continuación:

> «43. Considera necesario que la Comisión resuelva la inseguridad jurídica en materia de cooperación entre autoridades públicas que ha provocado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia;
>
> 44. Comparte el punto de vista del Tribunal de Justicia en el asunto C-84/03 (Comisión contra España) en el sentido de que los convenios de colaboración entre autoridades públicas no pueden estar exentos de la legislación sobre contratación pública mediante el uso de la legislación nacional; opina que es preciso distinguir entre medidas de naturaleza meramente administrativa y/u organizativa y contratos públicos entre autoridades administrativas;
>
> 45. Considera que el ámbito de la cooperación entre autoridades públicas debe considerarse irrelevante en materia de Derecho de contratación pública cuando:
>
> – se trate de cooperación entre autoridades locales,
>
> – se considere que las tareas encomendadas a esas autoridades locales son una cuestión de reorganización administrativa o las competencias de supervisión de las autoridades locales sean similares a las que ejercen sobre sus propios servicios, y
>
> – las actividades se lleven a cabo básicamente para las autoridades locales correspondientes;
>
> 46. Rechaza la aplicación del Derecho de contratación pública en los casos en los que las autoridades públicas deseen desempeñar cometidos conjuntamente con otras autoridades públicas en su ámbito geográfico de actuación como medida de reorganización administrativa, sin ofrecer a terceros en el mercado libre la prestación de tales servicios;
>
> 47. Considera que la transferencia de responsabilidades para las tareas del sector público de una autoridad pública a otra no está incluida en el ámbito de aplicación de la legislación comunitaria sobre contratación pública;
>
> 48. Considera, en cambio, que el Derecho de contratación pública debe aplicarse siempre que las autoridades públicas ofrezcan servicios en el mercado actuando como empresas privadas en el contexto de cooperación entre tales autoridades públicas o prevean que las tareas públicas las desempeñen empresas privadas u otras autoridades públicas fuera del contexto de esa cooperación».

En relación con la colaboración público-pública podría ser útil explorar si tiene cabida un concepto con algunos criterios comunes para las formas de cooperación dentro del sector público que quedan exentas de la aplicación de las Directivas sobre contratos públicos. Tal concepto debería distinguir claramente entre formas modernas de organización de la ejecución (conjunta) de las tareas públicas por los poderes adjudicadores, guiadas exclusivamente por consideraciones de interés público, por una parte (es decir, no reguladas por las normas de contratación pública), y la pura compraventa (comercial) de bienes y servicios en el mercado, por otra (regulada por las normas). Debe analizarse minuciosamente cómo llevar esta distinción a la práctica, teniendo en cuenta también cómo se ha pronunciado el Tribunal de Justicia en sus sentencias recientes.

Al hilo de la cuestión ha de hacerse patente el efecto generado por cinco líneas y no más, de una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la sentencia Teckal[10], cuando excluye de la categoría de contratos a las acciones resultantes de orden interno, que en su evolución ha pasado a ser de orden externo y, afirmamos, de opción de sustitución no solo de aplicar la legislación de contratos sino de las normas de carácter presupuestario.

El constante abuso desmedido de los diferentes órganos de contratación de la llamada encomienda de gestión o también llamada uso de medios propios, que muchas veces no existen en los términos que describe la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 65/07, de 29 de enero de 2009, sobre consideración de medio propio de un Ayuntamiento y de sus organismos autónomos de una sociedad municipal y procedimiento de encomienda de gestión, que en su consideración 4 advierte:

> «4. La condición de medio propio se encuentra regulada en los artículos 4.1, letra n), y 24.6 de la Ley de Contratos del Sector Público, habiendo expresado su criterio respecto de su aplicación la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado en su Instrucción 2/2005, de 21 julio de 2005, sobre el régimen jurídico aplicable a los convenios de colaboración y a los acuerdos de encomienda de gestión celebrados

10. «50. A este respecto, conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan».

por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, entidades públicas empresariales y restantes entidades públicas y privadas del sector público estatal, si bien referida a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que regulaba tal aspecto en el artículo 3.1, letra l), y que constituye el precedente de la norma actual. El artículo 24.6 de la Ley dispone que podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de los denominados poderes adjudicadores (art. 3.3) los entes, organismos y entidades del sector público para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando tales poderes adjudicadores ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios y si trata de sociedades, supuesto que se plantea, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública. La Ley señala que en todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan y añade que la condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan tales requisitos deberá reconocerse expresamente por la norma que la cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen ésta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos.

Tal configuración del concepto medio propio, revela una característica principal, como es que el poder adjudicador, en la relación de control que ejerce, y el medio propio actúan en una relación que no es contractual sino de instrucciones unilaterales de ejecución cursadas por el poder adjudicador que el medio propio ha de ejecutar.

Habrá que añadir un último requisito, como es la idoneidad para ejecutar la encomienda de gestión y en tal sentido debe disponer de personal y medios materiales y técnicos necesarios para ejecutar la encomienda».

3. LAS CONCESIONES DE SERVICIOS EN EL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS PÚBLICOS

Otra de las cuestiones recurrentes en materia de contratos públicos es la sujeción de las concesiones de servicios a la normativa sobre contratos públicos. Por todos es conocidos la exclusión de las concesiones de servicios del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE (Cfr. art 17), circunstancia que hace necesario definir correctamente el concepto de concesión a fin de evitar que no se califiquen como tales otras figuras con el exclusivo ánimo de evitar la aplicación a las mismas de los postulados de la Directiva. En este sentido, la reciente Sentencia del

Tribunal de Justicia de 10 de marzo de 2011 (Asunto C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*), ha supuesto un avance significativo en el proceso de depuración conceptual y distinción entre las figuras concesional y contractual de Servicios, al resolver un conflicto en relación con un contrato de servicios de socorro y detección de incendios licitado por una mancomunidad de municipios bávara. En su Sentencia, el Tribunal de Justicia destaca una vez más los elementos conceptuales de la concesión de servicios en contraposición con el contrato de servicios:

> «24. De la comparación de las definiciones de contrato público de servicios y de concesión de servicios proporcionadas, respectivamente, por el apartado 2, letras a) y d), y por el apartado 4 del artículo 1 de la Directiva 2004/18/CE se desprende que la diferencia entre un contrato público de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación de servicios. Un contrato de servicios requiere una contrapartida que, sin ser la única, es pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. pág. I-8585, apartado 39, y Comisión/Italia, antes citada, apartados 33 y 40), mientras que, en el caso de una concesión de servicios, la contrapartida de la prestación de servicios consiste en el derecho a explotar el servicio, bien únicamente, bien acompañado de un pago (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de septiembre de 2009, Eurawasser, C-206/08, Rec. pág. I-8377, apartado 51).
>
> 25. En el caso de un contrato de servicios, la circunstancia de que la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora, sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros responde a la exigencia de una contrapartida, establecida en el artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2004/18/CE (véase la sentencia Eurawasser, antes citada, apartado 57).
>
> 26. Si bien el modo de remuneración es, por tanto, uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate y que la inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios (sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 59 y 68 y jurisprudencia citada).
>
> …
>
> 37. A este respecto, procede señalar que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de

> enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, Rec. pág. I-9315, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, antes citada, apartado 74)».

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal de Justicia señaló que «el artículo 1, apartados 2, letra d), y 4, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, debe interpretarse en el sentido de que, cuando la remuneración del operador económico elegido corre íntegramente a cargo de personas distintas de la entidad adjudicadora que ha otorgado el contrato relativo a servicios de socorro y el operador económico asume un riesgo de explotación, aunque sea muy limitado, debido en particular al hecho de que el importe de los precios por la utilización de los servicios de que se trata depende del resultado de negociaciones anuales con terceros y no se le garantiza la cobertura íntegra de los costes soportados en el marco de una gestión de sus actividades conforme a los principios establecidos por el Derecho nacional, dicho contrato debe ser calificado de contrato de «concesión de servicios» en el sentido del artículo 1, apartado 4, de esta Directiva».

En cualquier caso, ha de tenerse presente que, siendo el riesgo una de las características principales de las concesiones, su traslación al contratista puede limitarse a unos niveles máximos y mínimos pactados por las partes en el momento de la adjudicación del contrato (lo que se conoce como «horquillamiento» del riesgo). A ese aquilatamiento de los riesgos (y también de las venturas) ya se refería, en su momento, la Exposición de Motivos de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, cuyas prescripciones podrían proyectarse igualmente sobre las concesiones de servicios:

> «... se prevé, ... que el concesionario quede contractualmente comprometido, con arreglo a su propia oferta, con un nivel mínimo y otro máximo de rendimientos totales para cada concesión, de suerte que, si no se alcanzara el primero o se sobrepasara el segundo durante el período que en cada caso se determine, procederá la revisión del contrato... esta interpretación del equilibrio económico del contrato constituye una de las opciones capitales que inspiran la nueva regulación de la concesión de obras públicas, en sintonía con la naturaleza y finalidad de la institución y la ponderada distribución del riesgo».

Fuera de esa horquilla de riesgos pactados, procedería el reequilibrio económico de la concesión, en beneficio (y perjuicio) de la parte que correspondiese. Así sucedió, por ejemplo, en la Autopista AP7, donde una reducción del precio del peaje derivó en un incremento de tráfico, de modo tal que las pérdidas de ingresos derivadas de la rebaja del peaje fueron compensadas con creces con el incremento de vehículos que usaban la autopista, hasta el punto de superarse los beneficios máximos previstos (el extremo superior de la horquilla de riesgos), circunstancia que motivó el reequilibrio de la concesión.

Ligado a la cuestión de la sujeción del otorgamiento de las concesiones de servicios a la normativa sobre adjudicación de contratos públicos aparece la cuestión del umbral económico a partir del cual determinar esa sujeción. Si se aplica el umbral para contratos de servicios, la consecuencia, habida cuenta del modo para el cálculo del valor estimado de esas concesiones (precio anual multiplicado por el plazo de la concesión) puede ser la aplicación de la Directiva a prácticamente todas concesiones de servicios, pues, de ordinario, casi todas ellas superan los actuales 193.000 euros, umbral de aplicación de la Directiva para los contratos de servicios (cfr. art. 7 de la Directiva 2004/18/CE[11]).

Finalmente, otra de las cuestiones a debatir es la relativa a la duración de las concesiones de servicios. En principio, el establecimiento de plazos máximos podría ser un obstáculo si lo que se pretende es atraer la inversión del sector privado por lo que, los plazos de duración máxima de las concesiones de servicios deberían establecerse en atención a la duración necesaria para la amortización de la inversión.

La cuestión es transcendente por cuanto conlleva con ella diversas consideraciones.

Tanto el Parlamento Europeo, como la Comisión en sus comunicaciones sobre concesiones y colaboración público privada resaltan que la duración de la concesión debe estar ligada a la amortización de la inversión. La Comisión Europea en la reunión del Comité Consultivo para los Contratos Públicos del 15 de diciembre del pasado año expuso que no se había planteado la oportunidad de fijar un límite maximo de duración de las concesiones. En nuestra opinión una extensión desmedida de la duración de una concesión, más allá de un plazo razonable de

11. Cfr. Reglamento (CE) n° 1422/2007 de la Comisión, de 4 de diciembre de 2007, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos.

amortización y obtención de beneficios, implica una práctica que debe ser rechazada toda vez que, por ese procedimiento, se está creando una reserva de mercado a favor de una empresa y, consecuentemente, se está impidiendo el desarrollo del mercado otorgándole al concesionario un derecho exclusivo, diriamos de por vida, e impidiendo a otros operadores, no ya ejecutar tal prestación sino ni quiera poder presentar una oferta una vez realizada la comentada amortizacion y obtención de beneficios. De ahí que el sistema configurado en la Ley de Contratos del Sector Público, procedente de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, sea respetuoso con tal aspecto; recordemos que en aquellas concesiones vinculadas a una ejecución de obra el plazo maximo, incluidas las posibles prórrogas, es de 50 o 60 años, de 25 cuando nos está vinculada a ella, y de 10 años en prestaciones sanitarias.

Debemos concluir no sin antes comentar una circunstancia transcedente para llegar a un acuerdo con el fin de alcanzar una definición de las concesiones de servicios. Cuando se tramitaba en el Consejo la que fue Directiva 92/50/CEE, en la propuesta de la Comisión figuraban las concesiones de servicios incluidas en el ámbito objetivo de la misma, propuesta que promovió una división entre los paises de corte latino y los paises del norte porque mientras que en los paises del sur existían las concesiones de servicios, en los paises del norte no existian, entonces, tal figura. La consecuencia era que si se hubiera aceptado los paises del sur habrían sus mercados sin recibir nada a cambio.

Ahora surge un nuevo inconveniente. En los paises de nueva incorporación, diriamos los del este, no existe el concepto de "público" ligado a las prestaciones que el Estado aplica a los ciudadamos. Aún así, creemos que se llegará a un acuerdo.

Capítulo 2

Comprando para asegurar nuestro futuro: La utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea

TERESA MEDINA ARNÁIZ
Profesora colaboradora de Derecho Administrativo
Universidad de Burgos

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS OBJETIVOS SECUNDARIOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DESDE EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. *2.1. Los primeros pasos para la incorporación de objetivos secundarios en las compras públicas. 2.2. Las Directivas en materia de contratación pública: las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE. 2.3. Después del año 2004: nuevas propuestas para afrontar nuevos compromisos.* 3. LOS OBJETIVOS POLÍTICOS DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL HORIZONTE 2020. 4. LA CONTRIBUCIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA A LA CONSECUCIÓN DE LOS OBJETIVOS «EUROPA 2020». *4.1. El impulso de la eficiencia energética y la reducción de emisiones de gases invernadero. 4.2. La lucha contra la pobreza y la exclusión social.* 4.2.1. Los aspectos sociales en la fase previa a la licitación. 4.2.1.1. La definición del objeto contractual. 4.2.1.2. Definición de las prescripciones técnicas. 4.2.2. En la fase de selección del contratista. 4.2.3. En la fase de adjudicación contractual. 4.2.4. En la fase de cumplimiento del contrato. 4.2.5. Las reservas sociales de contratos. *4.3. La apuesta por una compra pública innovadora y precomercial.* 4.3.1. Compra pública innovadora. 4.3.2. Compra pública precomercial. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo principal en cualquier normativa sobre contratación pública es lograr que las entidades públicas lleven a cabo sus obras y adquieran sus bienes y servicios en las mejores condiciones posibles. Su función primordial consiste, por tanto, en garantizar la máxima rentabi-

lidad en el uso de los fondos públicos destinados a la compra pública en función de las necesidades que pretende cubrir el órgano de contratación, ya que, en último extremo, cualquier contrato público busca una satisfacción directa de tipo funcional, esto es, la consecución de la prestación demandada: el suministro de un bien, la realización de una obra o la gestión de un servicio[1].

Este objetivo obedece a una motivación comercial que requiere poner el acento en la utilización de los procedimientos de selección del contratista con criterios de eficiencia en un sentido estrictamente económico. Sin embargo, a lo largo de este capítulo vamos a observar cómo el marco jurídico vigente –y también futuro– sobre la contratación pública en la Unión Europea (UE) no se circunscribe en exclusiva a las preocupaciones económicas inherentes al contrato, sino que aspira a obtener un valor añadido de su contratación persiguiendo objetivos macroeconómicos más ambiciosos.

La persecución de estos otros propósitos avalan la idea, manifestada entre otros por GIMENO FELIU, de que la contratación pública no constituye únicamente una forma de abastecimiento, sino que es también una poderosa herramienta al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de otros fines o políticas públicas. Empleando sus mismas palabras, la contratación debiera 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»[2].

---

1. El Abogado General Sr. F. G. JACOBS en sus conclusiones presentadas, el 10 de mayo de 2001, en el asunto *SIAC Construction*, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartado 33 manifestaba que «la finalidad principal de la regulación de la adjudicación de contratos públicos en general es garantizar que los fondos públicos se gasten con honestidad y eficiencia, sobre la base de una valoración seria y sin ningún género de favoritismo ni contrapartida, ya sea financiera o política. El fin primordial de la armonización comunitaria es garantizar además la supresión de los obstáculos y la igualdad de las condiciones de competencia, mediante exigencias de transparencia y objetividad entre otras».
   En este sentido véase también ARROWSMITH, S., LINARELLI, J. y WALLACE, D., *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, Kluwer Law International, The Hague (Netherlands), 2000, págs. 28 a 30, quienes al referirse a los objetivos pretendidos a través de la regulación sobre contratación pública aluden a la expresión «*Value for Money*» (Mejor relación calidad-precio). Bajo este concepto ponen de relieve la necesidad de que los bienes que se adquieran a través de los contratos públicos sean los adecuados para cubrir las necesidades públicas, pero también que el contratista esté capacitado para cumplir las condiciones del contrato en los términos previstos.
2. GIMENO FELIU, J. Mª., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de*

Y es que, resulta evidente que la compra pública, en atención al elevado volumen de recursos que moviliza, además de orientarse a la búsqueda de una mayor eficiencia económica, puede suponer un potente instrumento para la realización de otros cometidos públicos, entre los que vamos a destacar la protección al medio ambiente, la promoción de políticas sociales y el impulso de la innovación y competitividad por parte de las empresas[3].

Esta visión instrumental de la contratación pública nos conduce a hablar de la utilización de la contratación pública con el fin de orientar y afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general sin que, necesariamente, estén conectados con la directa satisfacción funcional del contrato[4]. De este modo, abordaremos los objetivos principales y secundarios en los procedimientos de contratación pública –o de elementos colaterales, si se emplea la terminología norteamericana– para distinguir los distintos niveles de adecuación a las necesidades que pretenden cubrirse con la adjudicación de un contrato público.

---

reforma, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, págs. 16 y 17. También en *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 21 y 22.

3. Según los últimos datos publicados por la Comisión Europea, en el año 2009 el desembolso en compras públicas se cifra en 2.288 billones de euros que equivalen a un 19,4% del Producto Interior Bruto (PIB) europeo. Estos datos se han extraído del Documento de trabajo de la Comisión Europea *Public procurement indicators 2009*, de 11 de noviembre de 2010, que puede consultarse en: *http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2009_en.pdf* [Fecha de consulta: 30 de junio de 2011].

4. A este respecto resultan de interés los comentarios vertidos por ARROWSMITH, S., «Public procurement as an instrument of policy and the impact of market liberalisation», *Law Quarterly Review* vol. 111, April 1995, págs. 235-284. Por su parte, FERNÁNDEZ MARTÍN señala que la teoría intervencionista aboga por el uso instrumental de la contratación para perseguir objetivos generales que pueden incluir, por ejemplo, mejorar las normas de comportamiento en el sector privado, promover salarios justos o potenciar la incorporación al mercado laboral de grupos desfavorecidos o marginados, en FERNÁNDEZ MARTÍN, J. Mª., *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, Clarendon Press, Oxford, 1996, págs. 41 a 48. Asimismo, MESTRE DELGADO constata la existencia de un interés público al emplear mecanismos de refuerzo –o fomento– para forzar a los empresarios al cumplimiento de previsiones contempladas en normativas sectoriales, en MESTRE DELGADO, J. F., «Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental», *REAL*, núm. 291, enero-abril 2003, pág. 707 y RODRÍGUEZ ESCANCIANO defiende que «aun cuando la contratación pública no está diseñada para que sea un medio de fomento directo ni de control específico de medidas sociales, la verdad es que puede tener un extraordinario poder de conformación social sobre el tejido empresarial», en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Un paso adelante en la protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad: el nuevo sistema de contratación pública*, Cermi-Cinca, Madrid, 2008, pág. 15 y en *Cláusulas Sociales y Licitación Pública: Análisis jurídico*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009, pág. 21.

En la mayor parte de las ocasiones, los objetivos a los que vamos a referirnos en este capítulo serán considerados de carácter secundario. No obstante, la preferencia que mostramos por la expresión «objetivos secundarios» no implica entender que éstos manifiestan un menor rango de importancia o rebajan su categoría, ya que bajo esta locución nos referimos a aquellos objetivos que no justifican la contratación, pero que, sin embargo, conllevan aparejada una mejora con respecto a la situación preexistente[5].

En cualquier caso, cabe indicarse que existen otras expresiones que aluden a la misma idea de instrumentalización de la contratación pública como son las de objetivos indirectos, objetivos exógenos, políticas horizontales[6] o el término «*linkage*» que es utilizado por McCrudden para referirse a la contratación pública como instrumento de política social[7].

Este capítulo tiene por objeto el estudio de los objetivos secundarios en la normativa contractual de la Unión Europea y la valoración de las posibilidades que se ofrece a los órganos de contratación para que

5. La expresión «objetivos secundarios» es empleada por Schooner en su artículo «Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law», *Public Procurement Law Review*, vol. 11 (2), 2002, págs. 103-110, si bien goza también de gran aceptación entre otros autores como Arnould, J., «Secondary Policies in Public Procurement: The Innovations of the New Directives», *Public Procurement Law Review,* vol. 13 (4), 2004, págs. 187-197 y Bolton, P., «The Use of Government Procurement as an Instrument of Policy», *South African Law Journal*, núm. 121, 2004, especialmente pág. 619 donde señala que los gobiernos utilizan la contratación pública para promocionar objetivos secundarios o colaterales que están desconectados con el inmediato objetivo de la contratación que es la adquisición de bienes y servicios en los mejores términos posibles. Asimismo, González García alude a los «elementos secundarios» de la contratación pública en González García, J., *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, Marcial Pons-CEDIT, Madrid, 2010, pág. 65 y en «Sustainability and Public Procurement in the Spanish Legal System», en la obra editada por Caranta, R. y Trybus, M., *The Law of Green and Social procurement in Europe*, Djøf Publishing, Copenhague, 2010, pág. 235.
6. Arrowsmith alude al concepto «políticas horizontales» para referirse a la consecución de objetivos de este tipo con las adquisiciones públicas en Arrowsmith, S., «Application of the EC Treaty and directives to horizontal policies: a critical review», en la obra colectiva editada por Arrowsmith, S. y Kunzlik, P., *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, págs. 147-248 y en «Horizontal Policies in Public Procurement: A Taxonomy», *Journal of Public Procurement*, vol. 10 (2), 2010, págs. 149-186.
7. McCrudden, C., *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement and Legal Change*, Oxford University Press, Oxford, 2007 y en «EC public procurement law and equality linkages: foundations for interpretation», en la obra colectiva *Social and Environmental Policies in EC Procurement* (...), *op. cit.,* especialmente en la pág. 271.

incorporen objetivos políticos en las distintas fases del procedimiento de adjudicación de un contrato público. Para ello, en primer lugar, realizaremos una aproximación histórica a esta materia examinando la evolución que ha sufrido la regulación contractual hasta la aprobación de las actuales Directivas sobre contratación pública[8]. A continuación, nos adentraremos en el estudio de cuáles son, en el momento actual, los principales objetivos políticos fijados desde las instituciones de la UE con el horizonte temporal del año 2020. Por último, consideramos de interés finalizar este capítulo analizando cómo puede la contratación pública contribuir a la consecución de dichos objetivos políticos en el contexto de la denominada «contratación pública sostenible» o «compra responsable», bajo cuya locución se recoge la idea de integrar las preocupaciones sociales, medioambientales y/o éticas en las decisiones de contratación pública[9].

No podemos desconocer, sin embargo, que han existido voces discordantes con la idea de considerar aspectos sociales y medioambientales en las compras públicas, al entender que la normativa contractual no es el lugar adecuado para imponer obligaciones a los contratistas en el ámbito de la lucha contra la exclusión social, la perspectiva de género

8. Desde el año 2004, las Directivas vigentes en materia de contratación pública son las Directivas 2004/18/CE («sectores clásicos») y 2004/17/CE («sectores especiales»), ambas aprobadas el 31 de marzo de 2004, que coordinan, respectivamente, los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, así como de los contratos de los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DOUE L 134, de 30 de abril de 2004).

9. Estas expresiones gozan de gran aceptación en las distintas guías que se vienen publicando sobre esta materia y sirva como ejemplo de ello, la *Guía CARPE de compra responsable*, Eurocities, Bruselas, 2004; la *Guía para la Contratación Pública Responsable en Andalucía*, Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, IDEAS (Iniciativas de Economía Alternativa y Solidaria), 2006; las *Guías para la contratación socialmente responsable en la construcción de edificios y en el sector textil*, publicadas dentro del Proyecto Respiro; Lesmes Zabalegui, S., *Guía de Contratación Pública Sostenible. Incorporación de criterios sociales*, Fundación Centro de Recursos ambientales de Navarra, Pamplona, 2008 y también Alonso-Alegre, G., *Manual de contratación pública socialmente responsable en relación con las personas con discapacidad*, Cermi-Cinca, Madrid, 2009.
Asimismo, cabe indicarse que la idea de compra responsable ha encontrado respaldo normativo en el artículo 35 bis de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes en la modificación efectuada por la Ley 10/2006, de 28 de abril, al tratar la compra pública responsable de productos forestales y que se recoge también en la Proposición no de Ley por la que se insta al Gobierno a adoptar un plan de contratación pública de la Administración General del Estado socialmente responsable, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió y aprobada con modificaciones por parte del Congreso de los Diputados) [BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 452, de 30 de septiembre de 2010, pg. 6].

o la protección medioambiental[10]. Para ilustrar esta disconformidad valga como ejemplo el *Informe y Conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública en España*, que manifestaba que «existen en la actualidad mecanismos jurídicos alternativos –o complementarios, si prefiere decirse así– para estimular o desincentivar determinadas conductas desde el punto de vista social o medioambiental. Beneficios fiscales, ayudas y subvenciones, los propios mecanismos derivados del protocolo de Kyoto, entre otros muchos, parecen instrumentos más adecuados para la ejecución de políticas sociales que la utilización de los procedimientos de contratación cuyo norte fundamental no debería ser otro que la adquisición de bienes y servicios de calidad en las mejores condiciones técnicas y económicas para las Administraciones Públicas. Lo contrario podría provocar distorsiones, incluso desde el punto de vista presupuestario, que no redundarían en un comportamiento eficiente de las Administraciones Públicas contratantes»[11].

Con todo, estas críticas se han ido atemperando a medida que se aceptaba, primero por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y después por la propia normativa de la Unión, que la contratación pública puede coadyuvar a alcanzar ciertos objetivos de interés general haciendo uso del potencial de sinergia de los fondos destinados a las compras del sector público, si bien desde la búsqueda del necesario equilibrio que no desnaturalice los objetivos propios de la normativa contractual, ni quiebre los principios que rigen la adjudicación contractual.

2. LOS OBJETIVOS SECUNDARIOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DESDE EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La utilización de la contratación pública como instrumento para promover el cumplimiento de otras finalidades públicas de interés general dependerá de lo que establezca el propio ordenamiento jurídico y

10. Algunas de esas críticas las encontramos en URÍA FERNÁNDEZ, F., «Apuntes para una reforma de la legislación sobre Contratos de las Administraciones Públicas», *RAP*, núm. 165, septiembre-diciembre 2004, especialmente en la pág. 323 donde sostiene que la inclusión de cláusulas sociales «amenazaría con desvirtuar los fines de la propia contratación pública, al ponerla exclusivamente al servicio de otras políticas públicas, relevantes, sin duda, pero que, en principio, le son ajenas».
11. *Informe y Conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública en España*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 2004, pág. 147.

de la intención política en incorporar este objetivo a las compras públicas; por esa razón, tanto las limitaciones impuestas por la propia legislación, como la falta de voluntad política, condicionan la consecución de tales objetivos.

Las limitaciones impuestas por la propia legislación contractual avalan las diferencias que han existido en esta materia entre Estados Unidos y Europa –con la excepción del Reino Unido[12]–, puesto que, desde la década de los años sesenta, Estados Unidos se ha mostrado especialmente proclive a emplear la contratación como instrumento de política pública, por ejemplo, utilizando su poder de compra para evitar las discriminaciones en materia de empleo e igualdad, o bien impulsando el desarrollo de productos o servicios innovadores como en el caso del proyecto de evaluación de las adquisiciones en materia de defensa[13].

En el caso de los Estados miembros, los límites venían impuestos porque las Directivas sobre contratación pública, con anterioridad al año 2004, no contemplaban de manera expresa la posibilidad de perseguir objetivos políticos con motivo de la adjudicación de un contrato público. No obstante, las vigentes Directivas de la Unión son conscientes del potencial de las adquisiciones públicas y, expresamente, posibilitan la integración aspectos sociales y medioambientales en distintas fases del procedimiento de adjudicación de un contrato público[14].

---

12. A este respecto, ARROWSMITH, S., *The Law of public and utilities procurement*, 2ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2005, págs. 1225 y ss. y también TRYBUS, M., «Sustainability and Value for Money: Social and Environmental Considerations in United Kingdom Public Procurement Law», en la obra colectiva *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (...), *op. cit.*, especialmente en las págs. 262 a 268.

13. Véase MILLER, A. y PIERSON, T. W., «Observations on the Consistency of Federal Procurement Policies with other Governmental Policies», *Law and Contemporary Problems,* núm. 29, 1964, págs. 277 y ss.; LEIMKUHLER, W., «Enforcing Social and Economic Policy through Government Contracts», *Annual Survey of American Law* (New York University) 1980, págs. 539 y ss.; ARROWSMITH, S., LINARELLI, J. y WALLACE, D., *Regulating Public Procurement: (…), op. cit.,* en la pág. 251 se refieren a la normativa federal sobre contratación pública *Federal Acquisition Regulation* (FAR). En relación con la incorporación de la perspectiva de género en la contratación pública HARTNELL, H., «Public procurement and the fight against gender discrimination in The United States», ponencia presentada en el *7th Congress of the European Women Lawyers' Association* (EWLA), celebrado en Zürich (Suiza) en mayo de 2007.

14. Estas posibilidades son objeto de tratamiento en un apartado posterior de este trabajo. No obstante, cabe indicarse que han sido analizadas por distintos autores entre los que vamos a destacar NIJHOLT, H., «Environmental Provisions in Public Procurement Directive 2004/18/EC», *International Construction Law Review,* vol. 21 (3), 2004, págs. 268-290; BRUUN, N. y BERCUSSON, B., «Labour Law Aspects of Public Procurement in the EU», en la obra colectiva editada por NIELSEN, R. y TREUMER, S., *The New EU Public Procurement Directives,* Djøf Publishing, Copenhague, 2005, pág. 97;

Es así que las Directivas 2004/17/CE («sectores especiales») y 2004/18/CE («sectores clásicos») autorizan a los poderes adjudicadores a tener en cuenta aspectos medioambientales y sociales en sus procedimientos de adjudicación contractual, aunque prescribiendo que su puesta en práctica requiere compatibilizar dichos objetivos con los principios que presiden la contratación pública, esto es, los principios de concurrencia, transparencia, igualdad de trato y no discriminación[15].

Por lo tanto, una vez establecida la viabilidad jurídica para perseguir objetivos de interés general a través de la contratación pública, que-

---

ARROWSMITH, S. y KUNZLIK P., «EC regulation of public procurement», en la obra colectiva *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law (…), op. cit.,* págs. 55-107; KUNZLIK, P., «The procurement of green energy», en la misma obra *Social and Environmental Policies (…), op. cit.,* págs. 369-407; PALMUJOKI, A., PARIKKA-ALHOLA, K. y EKROOS, A., «Green public procurement: Analysis on the use of environmental criteria in contracts», *Review of European Community and International Environmental Law,* vol. 19 (2), 2010, págs. 250-262 y CARANTA, R., «Sustainable Public Procurement in the EU», en la obra colectiva *The Law of Green and Social Procurement in Europe* Djøf Publishing, Copenhague, 2010, págs. 15-51.

En relación con la incorporación de aspectos sociales y medioambientales en la normativa contractual española puede consultarse, con carácter general, GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., «¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?» *Justicia Administrativa*, núm. 20, julio 2003, págs. 27-67; BERNAL BLAY, M. Á., «Hacia una contratación pública socialmente responsable: Las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. monográfico sobre el Derecho de los contratos del Sector Público, 2008, págs. 211-252; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «El régimen de la incorporación de criterios ambientales en la contratación del sector público: su plasmación en las nuevas Leyes sobre contratación pública de 2007», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 80, noviembre 2008, y del mismo autor «La integración de aspectos medioambientales en la contratación pública», en la obra colectiva *Derecho ambiental y transformaciones de la actividad de las Administraciones públicas*, Atelier, Barcelona, 2010, págs. 123-159; OLLER RUBERT, M., «La inclusión de cláusulas ambientales en la contratación pública», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, núm. 1, 2010, págs. 1-34; VILLALBA PÉREZ, F., «La dimensión social de la contratación pública. El sector de la discapacidad en la Ley de Contratos del Sector Público», en la obra colectiva *Administración Local. Estudios en homenaje a Ángel Ballesteros*, La Ley –El Consultor de los Ayuntamientos–, Las Rozas (Madrid) 2011, págs. 219-262 y MEDINA ARNÁIZ, T., «Social Considerations in Spanish Public Procurement Law», *Public Procurement Law Review,* vol. 20 (2), 2011, págs. 56-79.

15. En este sentido se manifiesta el considerando primero de la Directiva 2004/18/CE (sectores clásicos) y el mismo considerando de la Directiva 2004/17/CE (sectores especiales). Asimismo, el considerando quinto de la Directiva 2004/18/CE y el considerando decimosegundo de la Directiva 2004/17/CE afirman que dichas Directivas precisan «la manera en que las entidades adjudicadoras pueden contribuir a la protección del medio ambiente y al fomento del desarrollo sostenible, garantizando al mismo tiempo la posibilidad de obtener para sus contratos la mejor relación calidad/precio».

daba por conocer la predisposición de cada Estado miembro para contratar conforme a dichos criterios. Pues bien, a la hora de transponer estas Directivas, la mayor parte de los legisladores nacionales han adoptado medidas que contemplan la aplicación de estos criterios de conformidad con las propuestas planteadas desde las instituciones europeas[16].

Y si bien hasta el año 2004, el camino para lograr el reconocimiento de la contratación pública como instrumento al servicio de objetivos políticos ha resultado en ocasiones accidentado, a partir de esta fecha, y como consecuencia de la aprobación de las citadas Directivas, los obstáculos se han ido desvaneciendo e incluso sobrepasando, pues, tal como trataremos en los siguientes epígrafes, con posterioridad al año 2004 se han adoptado distintas Directivas que forman parte del llamado paquete de medidas sobre la energía y el cambio climático que, por ejemplo, abogan por la necesidad de integrar el objetivo de eficiencia energética en otras políticas públicas y que propugnan orientar el gasto público hacia productos, modos de transporte, edificios, obras y servicios eficientes desde un punto de vista energético[17].

16. Por ejemplo, distintos Estados miembros –entre los que se encuentra España con su Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, aprobado por Orden 116/2008, de 21 de enero– han adoptado planes de acción nacionales sobre «contratación responsable» y algunos han establecido objetivos nacionales al respecto, como el caso de los Países Bajos, que preveía que su contratación pública fuese sostenible al 100% en el año 2010. También resulta de interés el estudio llevado a cabo por la Comisión Europea, a través de la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades, sobre la incorporación de consideraciones sociales en la contratación pública (*Study on the incorporation of Social Considerations in Public Procurement in the EU*) noviembre 2008, y los proyectos europeos *Procura+ Sustainable Procurement Campaign* dedicado a la compra pública con criterios ecológicos «contratación verde» *http://www.procuraplus.org/* y el proyecto *Public Affairs* orientado a la compra de bienes de comercio justo por parte de las autoridades públicas.

17. Por lo que se refiere a este trabajo, nos interesa destacar las siguientes Directivas de la UE: Directiva 2006/32/CE, de 5 de abril de 2006, sobre la eficiencia del uso final de la energía y los servicios energéticos (DOUE L 114, de 27 de abril de 2006); Directiva 2009/28/CE, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento de la energía procedente de fuentes renovables (DOUE L 140, de 5 de junio); Directiva 2009/33/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes (DOUE L 120, de 15 de mayo de 2009); Directiva 2009/125/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía (DOUE L 285, de 31 de octubre); Directiva 2010/30/UE relativa a la indicación del consumo de energía y otros recursos por parte de los productos relacionados con la energía, mediante el etiquetado y una información normalizada (DO L 153 de 18.6.2010, p. 6) y a la Directiva 2010/31/UE, de 19 de mayo de 2010, relativa a la eficiencia energética de los edificios (DOUE L, 153, de 18 de junio de 2010).

2.1. LOS PRIMEROS PASOS PARA LA INCORPORACIÓN DE OBJETIVOS SECUNDARIOS EN LAS COMPRAS PÚBLICAS

En el proceso de elaboración de las Directivas sobre contratación del año 2004 se planteó la conveniencia de conjugar la normativa sobre contratación pública con otras políticas de la UE, de tal manera que pudiera contribuir al cumplimiento de objetivos propios de la política social, del medio ambiente y también de la lucha contra la corrupción y la delincuencia organizada[18].

El debate se acometió porque las Directivas de principios de los años noventa no contenían referencias explícitas a la posibilidad de instrumentalizar la contratación pública para conseguir otros objetivos más allá de los estrictamente económicos, ni resolvían las dudas que se habían empezado a plantear por parte de algunos Estados miembros acerca de incorporar aspectos sociales y medioambientales en sus procedimientos de adjudicación contractual[19]; a pesar de que, con anterioridad a esta fecha, la Comisión Europea en su Comunicación *Aspectos regionales y sociales de la contratación pública* (1989) ya había constatado que la contratación pública constituía un poderoso instrumento de política económica en atención a su importante volumen de gasto[20], y el TJUE había consagrado la posibilidad de alcanzar objetivos sociales con la adjudicación de contratos públicos en sus sentencias *Gebroeders Beentjes, Du Pont de Nemours* y *Laboratori Bruneau*[21].

---

18. Considerando 43 de la Directiva 2004/18/CE y considerando 40 de la Directiva 2004/17/CE.
19. Desde comienzos de los años noventa hasta el año 2004, el paquete legislativo de la UE para la armonización de las normas sobre contratación pública ha estado formado por tres Directivas referidas a los sectores clásicos y una relativa a los contratos en los sectores especiales. Concretamente se trataban de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DOCE L 209, de 24 de julio de 1992); la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro; la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DOCE L 199, de 9 de agosto de 1993).
20. COM (89) 400 final, de 22 de septiembre de 1989 (DOCE C 311, de 12 de diciembre, pág. 7).
21. Sentencias del TJCE de 20 de septiembre de 1988, *Gebroeders Beentjes*, C-31/87, Rec. pág. I-4635; de 20 de marzo de 1990, *Du Pont de Nemours Italiana*, C-21/88, Rec. pág. I-889 y de 11 de julio de 1991, *Laboratori Bruneau*, C-351/88, Rec. pág. I-3641. En la primera de estas sentencias, el Tribunal consideró aceptable una condición vinculada al empleo de trabajadores en paro prolongado, calificándola de condición específica adicional, siempre que «no incida de forma discriminatoria directa o indirecta-

A mediados de los años noventa, y ante las dudas sobre la viabilidad y conveniencia de perseguir objetivos no comerciales con la adjudicación de contratos públicos, la Comisión en su Libro Verde *La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro* (1996), se propuso aclarar estos aspectos a través de distintas Comunicaciones interpretativas[22], tras afirmar que la reglamentación sobre contratación pública puede contribuir a cumplir objetivos de política social y medioambiental, y que «las adquisiciones públicas pueden constituir un importante medio de orientar la actuación de los operadores económicos»[23].

A partir de las reflexiones obtenidas de este Libro Verde, la Comisión se propuso, en un primer momento, mejorar la aplicación de las disposiciones sobre contratos públicos, aunque posteriormente consideró más adecuado modificar el marco jurídico contractual entonces vigente a fin de simplificarlo y hacerlo más flexible[24]. De esta manera, en su Comunicación, de 11 de marzo de 1998, *La contratación pública en la Unión Europea*, tras realizar un diagnóstico de la situación de la contratación pública en el ámbito europeo, propuso la adaptación de las Directivas a las exigencias de un mercado en constante evolución, a la vez que destacaba la necesidad de que la contratación pública alcanzase un efecto de sinergia con otras políticas de interés para la UE, y por esa razón, animaba a los Estados miembros a que utilizasen su influencia, en cuanto compradores públicos, para perseguir objetivos distintos a los estrictamente comerciales[25].

---

mente por lo que respecta a los licitadores de otros Estados miembros». En las otras dos sentencias, el Tribunal de Justicia declaró la incompatibilidad con el Derecho de la normativa nacional que reservaba una proporción de los contratos públicos de suministro a las empresas establecidas en determinadas regiones del territorio nacional, ya que algunos Estados miembros reconocían regímenes preferenciales en su normativa de contratación pública a favor de sus regiones menos favorecidas.

22. Estas Comunicaciones tardarían cinco años en llegar y se trata de la *Comunicación sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos medioambientales en la contratación pública,* COM (2001) 274 final, de 4 de julio de 2001 y la *Comunicación sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos,* COM (2001) 566 final, de 15 de octubre de 2001.
23. Libro Verde de la Comisión, de 27 de noviembre de 1996, COM (96) 583 final, págs. 43 y 44.
24. La misma idea sobre revisar las normas sobre contratación pública para incorporar consideraciones medioambientales en la aplicación de dichas normas se plasmó en el artículo 3.f) de la Decisión 2179/98/CE, del Parlamento y del Consejo, de 24 de septiembre de 1998, relativa a la revisión del *Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible «Hacia un desarrollo sostenible»* (DOCE L 275, de 10 de octubre).
25. Comunicación de la Comisión *La contratación pública en la Unión Europea,* COM (1998) 143, de 11 de marzo de 1998, págs. 25 y ss.

Sin embargo, y pese al avance que suponen estas reflexiones y propuestas, éstas todavía resultan demasiado genéricas como para resolver, de manera definitiva, las incertidumbres acerca de la adecuación de las políticas públicas de algunos Estados miembros con el Derecho de la UE sobre contratación pública. De hecho, estas dudas habían sido formuladas ante la Comisión por distintos eurodiputados[26] y habían sido también objeto de una nueva sentencia por parte del Tribunal de Justicia. Así, en su sentencia de 26 de septiembre de 2000, *Comisión/Francia (Nord-Pas-de-Calais)*, el citado Tribunal declaró que un criterio adicional de adjudicación relativo al empleo, relacionado concretamente con una acción local de lucha contra el desempleo, constituía un criterio útil para la adjudicación de un contrato, siempre que «respete todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios»[27].

Con la aprobación de la *Estrategia de Lisboa* (2000)[28] y la *Estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible* (2001), la Comisión reconoce que el propio concepto de desarrollo sostenible implica crear condiciones de crecimiento económico garantizando simultáneamente unas condiciones de trabajo dignas y unas profesiones cualificadas para una actividad socialmente responsable y que no resulte nociva para el medio ambiente[29]. Entre sus propuestas para crear unas condiciones de desa-

26. Pregunta Escrita E-0976/98 de Armelle Guinebertière (UPE) a la Comisión acerca de la legalidad del 25% de reserva asignado a las Sociedades Cooperativas Obreras de Producción (SCOP) en la contratación pública del Estado y de las colectividades locales en Francia (DOCE C 323, de 21 de octubre de 1998, pág. 101), y las Preguntas E-0816/00 y E-0817/00, de Juan Naranjo Escobar (PPE-DE), Carlos Carnero González (PSE) y Salvador Jové Peres (GUE/NGL), de 21 de marzo de 2000, acerca de la adecuación de las políticas sociales de los Estados miembros con el Derecho comunitario, en particular con respecto a las Directivas de adjudicación de contratos públicos de obras (DOCE C 374 E, de 28 de diciembre de 2000, págs. 164 y 165).

27. STJCE de 26 de septiembre de 2000, *Comisión/Francia Nord-Pas-de-Calais*, C-225/98, Rec. pág. I-7445, apartados 49 a 51.

28. Esta Estrategia se fundamenta en tres pilares: Un pilar económico, para que la UE fuera una economía competitiva, dinámica y basada en el conocimiento; un pilar social, que modernizase el modelo social europeo y luchase contra la exclusión social y un pilar medioambiental, que fue añadido en junio de 2001, que insistía en el hecho de que el crecimiento económico debiera ir asociado a la correcta utilización de los recursos naturales.

29. El concepto «desarrollo sostenible» ha tenido gran acogida en los textos relativos a la protección ambiental desde que en el año 1987 se ofreciera una definición de desarrollo sostenible por parte del Informe *Nuestro Futuro Común (Our Common Future)* elaborado por la Comisión Mundial para el Medio Ambiente y el Desarrollo de la Asamblea General de las Naciones Unidas, más conocido como Informe

rrollo sostenible en la UE considera que los Estados miembros deberían analizar cómo aprovechar mejor la contratación pública para impulsar productos y servicios poco contaminantes, además de aprovechar su poder de compra para acelerar la difusión de nuevas tecnologías «siempre que no se trate de encubrir prácticas proteccionistas»[30].

La voluntad clara y decidida por atender objetivos de interés general desde la regulación sobre contratos públicos llega también en el año 2001 de la mano de dos Comunicaciones en las que la Comisión analiza las diversas opciones que ofrecía el marco jurídico comunitario entonces vigente para incorporar aspectos sociales y medioambientales en los contratos públicos. Se trata de la *Comunicación sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos medioambientales en la contratación pública* [COM (2001) 274 final, de 4 de julio de 2001] y de la *Comunicación sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos* [COM (2001) 566 final, de 15 de octubre de 2001][31].

Asimismo, en estas mismas fechas, son frecuentes las referencias a la incorporación de criterios ambientales en el marco de un procedimiento de adjudicación contractual en otros documentos de la UE[32]. Nos referimos, por ejemplo, al *Libro Verde sobre la Política de Productos Integrada* (2001) donde se propone *«ecologizar»* la contratación pública

---

Brundtland por el nombre de la Primera ministra noruega que presidió la Comisión. En este Informe se definía el desarrollo sostenible como aquel que garantiza las necesidades del presente sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.

30. Comunicación de la Comisión *Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: Estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible*, COM (2001) 264 final, de 15 de mayo de 2001, pág. 8.
31. Una de las virtudes de esta última Comunicación es concretar qué elementos quedan comprendidos en la expresión «aspectos sociales», puesto que el término cláusulas sociales se ha utilizado en ocasiones de forma genérica para hacer referencia a distintas actuaciones que tienen más que ver con la inclusión de valores éticos en los contratos públicos, y que, por tanto, no se corresponden con un concepto estricto de cláusula social, aun cuando participan de elementos comunes. Así, la Comisión Europea precisa que la expresión aspectos sociales puede remitir tanto a las medidas por las que se garantiza el respeto de los derechos fundamentales y de los principios de igualdad de trato y no discriminación (por ejemplo, entre hombres y mujeres), abarcando también las cláusulas preferentes (por ejemplo, para la reinserción de las personas desfavorecidas o excluidas del mercado de trabajo) o las discriminaciones positivas de cara a la lucha contra el desempleo o la exclusión social.
32. Para tratar de la incorporación de criterios ambientales en la contratación pública resulta también de interés el *Manual sobre contratación pública ecológica ¡Compras ecológicas!* SEC (2004) 1050, de 18 de agosto de 2004 *http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_es.pdf* [Fecha de consulta: 30 de junio 2011].

aludiendo al hecho que las autoridades públicas debieran asumir su responsabilidad y «ponerse a la cabeza del proceso de gestión ecológica y del cambio a favor del consumo de productos más ecológicos»[33] y a la Decisión 1600/2002/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de julio de 2002, por la que se establece el *Sexto Programa de Acción Comunitario en materia de medio ambiente*, que incluye, entre sus planteamientos estratégicos para alcanzar los objetivos en materia de medio ambiente, el fomento en «la aplicación de criterios ecológicos en la adjudicación de contratos públicos, que permitan tener en cuenta las características medioambientales y la posible integración de consideraciones relativas al ciclo de vida medioambiental, incluida la fase de producción, en los procedimientos de adjudicación de contratos» (artículo 3.6)[34].

La posibilidad de considerar aspectos medioambientales en la contratación pública también fue respaldada por la jurisprudencia del TJUE con anterioridad a la aprobación de las Directivas del 2004. Concretamente, en sus sentencias *Concordia Bus Finland* y *EVN y Wienstrom*, en las que el Tribunal de Justicia afirmó explícitamente que se podían tomar en consideración criterios relativos a la preservación del medio ambiente en las diferentes etapas de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos –inclusive como criterios de adjudicación– «siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular, el principio de no discriminación»[35].

---

33. *Libro Verde sobre la Política de Productos Integrada*, COM (2001) 68 final, de 7 de febrero de 2001, págs. 15 a 17. En la Comunicación *Política de Productos Integrada-Desarrollo del concepto del ciclo de vida medioambiental*, destaca nuevamente la «cuota del mercado que las autoridades públicas pueden utilizar para impulsar la ecologización de los productos», COM (2003) 302, de 18 de junio de 2003, págs. 10 y 11. Ni la palabra ecologizar, ni ecologización se encuentran en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, pero aparecen recogidas en distintos documentos de la UE, entre los que cabe destacar recientemente la Comunicación de la Comisión *Hoja de ruta hacia una economía hipocarbónica competitiva en 2050*, COM (2011) 112 final, de 8 de marzo de 2011, pág. 14. Asimismo, es utilizada por MELERO ALONSO en «La promoción del medio ambiente a través de la contratación pública: análisis de las cláusulas ambientales», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 260, septiembre-octubre 2010, al señalar que, en su opinión, «la inclusión de cláusulas medioambientales en la contratación administrativa se puede incluir dentro de las propuestas de ecologización del ordenamiento jurídico», pág. 167.
34. DOCE L 242, de 10 de septiembre de 2002, pág. 5.
35. Sentencias de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, Rec. p. I-7213, apartado 57 y de 4 de diciembre de 2003, *EVN y Wienstrom*, C-448/01, Rec.

2.2. LAS DIRECTIVAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: LAS DIRECTIVAS 2004/17/CE Y 2004/18/CE

Como ya hemos avanzado con anterioridad, desde el año 2004 en la UE existe un nuevo marco regulador de la contratación pública compuesto, principalmente, por dos Directivas: la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales («sectores especiales») y la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, que refunde en un único texto las disposiciones relativas a la adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios («Directiva clásica»)[36].

Las citadas Directivas, tal y como se deduce del segundo considerando de la Directiva 2004/18/CE y del noveno de la Directiva 2004/17/CE, persiguen como objetivo inmediato la coordinación de los procedimientos de adjudicación para favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores comprendidos en sus respectivos ámbitos de aplicación; sin embargo, de manera colateral y bajo un modelo dispositivo, prevé que también se pueda lograr la consecución de otros intereses públicos, a los que nos hemos referido con el calificativo de secundarios. Entre estos objetivos secundarios puede destacarse la protección del medio ambiente, la promoción de políticas de inclusión social y la lucha contra el desempleo, pues aun cuando la contratación pública no está diseñada para servir de fomento a ciertos objetivos ambientales o de carácter socio laboral, lo cierto es que puede contribuir a su logro a través de distintas medidas. Estas medidas se vinculan, de una parte, al valor económico de los contratos, y de otra, a las distintas fases en la adjudicación de un contrato público.

---

p. I-14527, apartados 33 y 34. Sobre estas sentencias, CHARRO, P., «Case C-513/99, Concordia Bus Finland», *Common Market Law Review*, vol. 40 (1), 2003, págs. 179-191 y MARTÍNEZ PALLARÉS, P. L., «El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos. En especial la inclusión de criterios medioambientales. (Comentario sobre la sentencia del TJCE de 17 de septiembre de 2002, C-513/99, Concordia Bus Finland)», en la obra colectiva *Contratación de las Administraciones públicas. Análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, págs. 161-170.

36. Para completar su regulación debiera ultimarse con las disposiciones recogidas en las Directivas en materia de recursos y con la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre los procedimientos de adjudicación contractual en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, que también contempla la posibilidad de incluir aspectos sociales y medioambientales en sus contratos (DOUE L 216, de 20 de agosto de 2009).

En relación al valor económico de los contratos, hay que hacer notar que las Directivas sobre contratación pública sólo se aplican a determinados tipos contractuales (obras, servicios y suministro) y siempre que su importe sea igual o superior a ciertos umbrales económicos[37]. La fijación de estos umbrales supone que por debajo de ellos, los legisladores nacionales tienen libertad para regular de manera diferente a como lo hacen las Directivas, aun cuando no escapan a la disciplina del ordenamiento jurídico de la UE, pues en todo caso, se han de respetar los principios generales de la contratación pública y las normas fundamentales de los Tratados que, de esta manera, se erigen en barreras infranqueables[38]. A este respecto, debe resaltarse que esta excepción en la aplicación de los procedimientos de adjudicación fijados por las Directivas de la UE ofrece importantes oportunidades a los legisladores de los Estados miembros de cara, por ejemplo, a reservar una parte de sus contratos públicos en un contexto de programas de empleo protegido a Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción[39].

La consideración de los citados objetivos secundarios en las distintas fases del procedimiento de adjudicación de un contrato público, cabe entenderse referida tanto al sujeto como al objeto del contrato, es decir, a las condiciones de quien quiere llegar a ser contratista y a los elementos y características que conforman la prestación contractual. No obstante, su efectividad exige el cumplimiento de una serie de requisitos que, en todo caso, deben respetarse por parte de los órganos de contratación aun cuando mediante la adjudicación de los contratos públicos se trate de favorecer la consecución de objetivos políticos. En primer lugar, es necesario que la incorporación de tales objetivos sean conformes con los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación; en segundo lugar, no deben restringir la apertura de los contratos públi-

37. Estos umbrales económicos de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación son revisados periódicamente y sus cuantías actualizadas son aprobadas mediante Reglamento de la Comisión. Los umbrales que están vigentes desde el 1 de enero de 2010, fueron aprobados por el Reglamento (CE) 1177/2009, de la Comisión, de 30 de noviembre de 2009 (DOUE L 314, de 1 de diciembre de 2009).

38. Véase a este respecto la *Comunicación interpretativa sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública* (DOUE C 179, de 1 de agosto de 2006). También pueden consultarse el Auto del Tribunal de Justicia de 3 de diciembre de 2001, *Vestergaard*, C-59/00, Rec. p. I-9505, apartado 19; la STJCE de 20 de octubre de 2005, *Comisión/Francia*, C-264/03, Rec. p. I-8831, apartado 33, y más recientemente las sentencias de 2 de febrero de 2008, *Comisión/Italia*, C-412/04, apartado 65 y de 15 de mayo de 2008, *SECAP*, asuntos acumulados C-147/06 y C-148/06, apartados 19 a 21.

39. Considerando vigesimoctavo y artículo 19 Directiva 2004/18/CE, así como el considerando trigésimo noveno y el artículo 28 de la Directiva 2004/17/CE.

cos a la competencia, y, por último –y como consecuencia de la aplicación de estos principios– deben recogerse en los pliegos o en el anuncio de licitación para garantizar que los potenciales licitadores conocen en el momento de preparar sus ofertas todos los elementos –inclusive los de carácter general– que el órgano de contratación tomará en consideración de cara a la adjudicación del contrato.

La cuestión es de enorme transcendencia, ya que cumplidas estas exigencias, las Directivas sobre contratación pública sí permiten acoger pautas de adecuación de los contratos a requerimientos sociales y medioambientales. Así, y aunque lo trataremos con mayor detalle posteriormente, entre las distintas previsiones que recogen estas Directivas acerca de la toma en consideración de objetivos políticos en las compras públicas, se encuentran las referidas a los criterios de selección cualitativa[40], a las especificaciones técnicas de los contratos (artículo 23 Directiva 2004/18/CE y artículo 34 de la Directiva 2004/17/CE), a la admisión de variantes (artículo 24 Directiva 2004/18/CE y artículo 36 de la Directiva 2004/17/CE), a las condiciones de ejecución del contrato (artículo 26 Directiva 2004/18/CE y artículo 38 de la Directiva 2004/17/CE) y a los criterios de adjudicación (artículo 53 Directiva 2004/18/CE y artículo 55 de la Directiva 2004/17/CE).

2.3. DESPUÉS DEL AÑO 2004: NUEVAS PROPUESTAS PARA AFRONTAR NUEVOS COMPROMISOS

A finales del 2004 se presentó el Informe *Hacer frente al desafío. La estrategia de Lisboa para el crecimiento y el empleo* (Revisión de la Estrategia de Lisboa), en el cual se volvía a manifestar la importancia de la contratación pública para instaurar un mercado de nuevos productos y servicios con un fuerte componente de investigación y se insistía en el apoyo a la innovación ecoeficiente mediante la introducción de la dimensión ecológica en la contratación pública. Según este Informe, al actuar como «cliente de lanzamiento», los gobiernos pueden favorecer las innovacio-

40. Los «criterios de selección cualitativa» se refieren a la verificación de la aptitud de los candidatos y licitadores para llegar a ser contratistas con arreglo a su capacidad económica, financiera, técnica y profesional. Así, dentro del contexto de la celebración de un contrato público, la verificación de la aptitud de los licitadores es independiente de la fase de evaluación de las ofertas. Se trata de operaciones distintas que se rigen por normas diferentes en la que, una vez que se verifica la solvencia del licitador, la adjudicación se lleva a cabo sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa. Véase a este respecto la STJCE de 24 de enero de 2008, *Lianakis*, C-532/06, Rec. p. I-251.

nes ecoeficaces, en la medida en que permiten a otros posibles clientes examinar el rendimiento de estas nuevas tecnologías[41].

Además de ello, en el curso de estos últimos años, los objetivos sobre el desarrollo sostenible se han incorporado en muchas de las políticas de la UE y se ha apostado por estimular el crecimiento económico sobre la base de una economía innovadora, competitiva y medioambientalmente eficaz, es decir, que proteja y mejore el medio ambiente a la vez que promueve la igualdad y la cohesión social. Y es que, la UE en su *Estrategia revisada para un Desarrollo Sostenible*[42], establece un plan único para aplicar estos principios y alcanzar el objetivo último de desarrollo sostenible incluido en el Tratado de la Unión Europea (TUE)[43].

En el momento actual, estos objetivos deben formularse a la luz del Tratado de Lisboa[44] y de las previsiones recogidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y en el artículo 3 del TUE que aborda de manera transversal la cohesión económica, social y territorial[45]. Así, han de destacarse los artículos 9, 10 y 11 TFUE que exigen

41. Informe del Grupo de expertos de alto nivel presidido por Wim KOK (noviembre 2004), pág. 43. En este mismo sentido, el *Plan de Acción sobre Consumo y Producción Sostenibles y una Política Industrial Sostenible* señala que la mejora en el rendimiento ecológico de los productos, estimulará la demanda de más mercancías y tecnologías de producción sostenibles y estimulará la innovación, COM (2008) 397 final, de 16 de julio de 2008.
42. En el año 2006 se revisó la Estrategia para un desarrollo sostenible por medio de la decisión sobre la *Revisión de la Estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible-Estrategia revisada*, COM (2005) 658 final, de 13 de diciembre, aprobada por el Consejo Europeo los días 15 y 16 de junio de 2006 (Doc. 10633/1/06, Rev1). En 2009, la Comisión completó la revisión centrándola en los problemas de desarrollo sostenible más acuciantes, como los relacionados con el cambio climático, el transporte, la salud pública y la conservación de la energía, en su Comunicación titulada *Incorporación del desarrollo sostenible en las políticas de la UE: Informe de 2009 sobre la estrategia de la Unión Europea para el desarrollo sostenible*, COM (2009) 400 final, de 24 de julio.
43. Recordemos que desde el Tratado de Ámsterdam –en vigor desde el 1 de mayo de 1999– el desarrollo sostenible se incorpora como un objetivo general que ha de integrarse en las políticas y acciones de la Comunidad.
44. Desde que el 1 de diciembre de 2009 entrara en vigor el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, el título «Tratado constitutivo de la Comunidad Europea» se sustituye por «Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea» (artículo 2, apartado 1, del Tratado de Lisboa) y se procede a una nueva numeración de los artículos del TUE. Las versiones consolidadas de estos tratados, así como sus Protocolos y Anexos, se encuentran publicadas en el DOUE C 83, de 30 de marzo de 2010.
45. Conforme a este artículo 3.3 TUE «La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel

que la lucha contra la exclusión social, contra toda clase de discriminación y el fomento de un desarrollo sostenible se integren en todas las políticas y actividades de la Unión.

Con arreglo al artículo 9 TFUE, la Unión deberá tener «en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana». Conforme al artículo 10 TFUE «la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». Y, en virtud del artículo 11 TFUE, «las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible». De forma similar, pero con un carácter más delimitado por razón de la actividad sobre la que se proyecta, los artículos 173.1 y 194.c) TFUE abogan por una acción de la UE encaminada a favorecer un mejor aprovechamiento del potencial industrial de las políticas de innovación, de investigación y de desarrollo tecnológico, así como por fomentar la eficiencia energética y el desarrollo de energías nuevas y renovables con el fin de preservar y mejorar el medio ambiente.

La conexión de estos objetivos con la normativa de contratación pública no parece, sin embargo, que esté bien resuelta. En este sentido, la Comisión considera que las autoridades públicas no han explotado todo el potencial de las compras públicas como instrumento político y que, por esa razón, los contratos públicos no han acreditado suficientemente su capacidad para influir en el mercado. Entre otras causas, atribuye a una falta de certidumbre jurídica el que no se hayan incorporado criterios de interés general en la contratación pública para respaldar políticas sociales o medioambientales[46], aun cuando destaca positivamente que se hayan adoptado diversas acciones en las cuales el sector

---

elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico. La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación (…)». El TFUE reafirma estos principios y estipula en su artículo 174, que «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».

46. De hecho, y según recoge el Documento de trabajo de la Comisión SEC (2008) 2125, existe también incertidumbre sobre las pruebas que se pueden solicitar a los licitadores para que demuestren el cumplimiento de las especificaciones técnicas o de los criterios de selección.

público ha asumido una función de liderazgo en la protección del medio ambiente, a través de la llamada «contratación pública ecológica»[47], o en la política social mediante la «contratación socialmente responsable»[48].

Para solventar estos inconvenientes, la Comisión tiene previsto revisar durante el año 2011 el marco de la contratación pública y modernizar la regulación vigente a fin de prestar su apoyo a una demanda de bienes, servicios y obras que sean respetuosos con el medio ambiente, socialmente responsables e innovadores[49].

Esta propuesta, como veremos seguidamente, se adoptará en línea con los objetivos de la *Estrategia Europa 2020* en la idea de desarrollar planteamientos orientados a una utilización más eficaz de los fondos públicos para propulsar un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. De esta manera, y con vistas a un posible empleo de la contratación pública para lograr objetivos políticos, la reforma preconiza acabar con la desconexión entre los contratos públicos y el resto de políticas públicas[50].

47. Bajo las locuciones «contratación pública ecológica» o «contratación verde» se recoge la idea de integrar las preocupaciones medioambientales en las decisiones de contratación del sector público. Estas expresiones participan de una política de adquisiciones públicas respetuosa con el medio ambiente a través de la cual se valoren criterios de cualificación ambiental en las compras públicas. Véase, en este sentido, la Comunicación de la Comisión *Contratación pública para un medio ambiente mejor*, COM (2008) 400 final, de 16 de julio de 2008 y el Documento de trabajo de la Comisión, SEC (2008) 2125.
48. Molina Navarrete, C., «Relaciones laborales, política de empleo y compra pública socialmente responsable: las cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 302, 2008, págs. 3-64. Según Bernal Blay esa responsabilidad social de la contratación no significa la certificación del cumplimiento de las normas que establezcan determinadas obligaciones sociales, sino de establecer un nivel de compromiso con la protección de los intereses sociales más allá de los mínimos legalmente exigibles, en Bernal Blay, M. Á., «Hacia una contratación pública socialmente responsable (…)», *op. cit.*, págs. 215 y 216.
49. *Programa de Trabajo de la Comisión para 2011*, COM (2010) 623 final, de 27 de octubre de 2010 (Volumen I y II) y en la Comunicación *Acta del Mercado Único. Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza «Juntos por un nuevo crecimiento»*, COM (2011) 206 final, de 13 de abril de 2011, págs. 20 y 21.
50. En la Comunicación de la Comisión *Hacia un Acta del Mercado Único. Por una economía social de mercado altamente competitiva. Cincuenta propuestas para trabajar, emprender y comerciar mejor todos juntos*, COM (2010) 608 final de 27 de octubre de 2010, pág. 16, la propuesta decimoséptima se refiere a la contratación pública en los siguientes términos: «Tras la evaluación en curso de la legislación europea de contratación pública, y basándose en un amplio proceso de consulta, la Comisión presentará, a más tardar en 2012, propuestas legislativas orientadas a simplificar y modernizar las normas europeas, con objeto de agilizar la adjudicación de contratos, y a hacer posible una mejor utilización de los contratos públicos en apoyo de otras políticas».

La postura de la Comisión hacia la integración de los objetivos políticos de la UE en la política de la contratación pública se homologa con la opinión manifestada por el Parlamento Europeo, en su Resolución de 18 de mayo de 2010, sobre *nuevos aspectos de la política de contratación pública*[51], en la cual se pone de manifiesto la importancia que reviste la contratación pública para la protección del clima y el medio ambiente, la eficiencia energética, la innovación y el estímulo de la competencia. En esta Resolución, el Parlamento reitera la necesidad de alentar y respaldar a las Administraciones públicas para que introduzcan en los procedimientos de contratación, entre otros, criterios ambientales y sociales. A su vez, insta a la Comisión a elaborar directrices u otras medidas prácticas para asistir a las autoridades y otros organismos públicos en relación con los procedimientos de contratación pública sostenible, apostando por una contratación pública socialmente responsable y por unos contratos públicos ecológicos.

Asimismo, la reforma prevista por la Comisión se ajusta a una de las recomendaciones del informe elaborado en mayo de 2010 por Mario MONTI, que presentaba en líneas generales una estrategia global de reactivación del mercado único y se acomoda, igualmente, a lo dispuesto en el *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*, acerca de «cómo comprar» y «qué comprar» en apoyo de los objetivos políticos de la Estrategia Europa 2020[52].

Y es que, tal como expone el profesor MONTI en su Informe, para aprovechar la contratación pública en beneficio de los objetivos políticos establecidos en la Unión, es necesario evaluar la posibilidad de imponer en las Directivas sobre contratación pública unos requisitos obligatorios relacionados con dichos objetivos. Su recomendación, en este sentido, es que las instituciones europeas reconsideren la política de contratación pública y utilicen el potencial de las compras públicas para fomentar la innovación, la contratación verde y la integración social, imponiendo requisitos obligatorios a los contratistas para garantizar su consecución[53].

---

51. DOUE C 161E, de 31 de mayo de 2011, pág. 38.
52. COM (2011) 15 final, de 25 de enero de 2011.
53. MONTI, M., *Una nueva estrategia para el mercado único. Al servicio de la economía y la sociedad de Europa* (mayo 2010) *http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_es.pdf*. Entre los objetivos políticos de mayor alcance que enumera MONTI se encuentran el cambio climático, la innovación, la igualdad de género, la creación de empleo y los objetivos de inserción social, MONTI, M., *Una nueva estrategia* (...), *op. cit.*, pág. 80.

3. LOS OBJETIVOS POLÍTICOS DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL HORIZONTE 2020

Como hemos tenido ocasión de señalar en el epígrafe introductorio de este trabajo, el objeto de este capítulo es el análisis del marco jurídico aplicable a la contratación pública para considerar las posibilidades que tienen los órganos de contratación de incorporar aspectos de interés general en sus compras públicas. Ahora bien, siendo ésta la intención pretendida, consideramos que un tratamiento completo de esta materia exige conocer cuáles son, en este momento, los objetivos prioritarios fijados desde las instituciones de la UE para avanzar las líneas de actuación que desde la contratación pública permitan cumplir con los compromisos fijados para el año 2020, máxime cuando las reformas que se nos anuncian tienen como una de sus finalidades contribuir a la consecución de los mismos.

En marzo de 2000, el Consejo Europeo Extraordinario celebrado en Lisboa puso en marcha –bajo la denominación *Estrategia de Lisboa*– un programa de reformas para la renovación económica, social y medioambiental de Europa con una duración de diez años. Su propósito era convertir la UE en la zona más competitiva del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible y alcanzar el pleno empleo en el año 2010. Finalizado dicho plazo, los logros obtenidos no fueron los esperados[54] y en junio de 2010 se aprobó una nueva estrategia para afrontar los desafíos europeos actuales: la crisis económica y financiera, la globalización de la economía, el desempleo, la política energética, el cambio climático, las tendencias demográficas y las migraciones. Esta nueva estrategia se ha bautizado con el nombre de «*Estrategia Europa 2020*»[55].

La Estrategia Europa 2020 enuncia tres prioridades que se refuerzan mutuamente: un crecimiento inteligente basado en el conocimiento y la innovación; un crecimiento sostenible que promueva una economía que haga un uso más eficaz de los recursos, que sea más verde y competi-

54. Según la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2010, sobre la Estrategia UE 2020 y la evaluación de la Comisión de la Estrategia de Lisboa, SEC (2010) 0114, «la Estrategia de Lisboa ha quedado por debajo de sus expectativas, debido a una deficiente estructura de gobernanza, a la falta de responsabilidad política, a un objetivo sumamente complejo y fragmentado, al exceso de ambición en los objetivos y a la falta de claridad, foco y transparencia» (DOUE C 349E, de 22 de diciembre de 2010).

55. *EU2020 Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, COM (2010) 2020 final, de 3 de marzo 2010. *http://ec.europa.eu/europe2020/index_es.htm* [Fecha de consulta: 30 de junio 2011].

tiva, y por último, un crecimiento integrador que aumente el nivel de empleo y que garantice la cohesión económica, social y territorial.

Su enfoque, que guiarán tanto la actuación de la UE como la de los Estados miembros, se orienta hacia la consecución de cinco objetivos principales: el fomento del empleo, el avance en las condiciones para la investigación y la innovación, el cumplimiento de nuestros compromisos en materia de cambio climático y energía, mejora en la educación y la lucha contra la pobreza. Estos objetivos se instrumentalizan a través de siete iniciativas emblemáticas[56] de las cuales, por lo que a este capítulo interesa, nos vamos a centrar en tres, concretamente, las referidas al clima y la energía, la lucha contra la pobreza y la innovación.

Así, la primera de las iniciativas a las que vamos a referirnos es *«Una Europa que utilice eficazmente los recursos»* que, junto con la *Estrategia para una energía competitiva, sostenible y segura* y el *Plan Europeo de Eficiencia Energética 2011*, buscan emprender un cambio hacia una economía con bajas emisiones de carbono, incrementar el uso de fuentes de energía renovables, modernizar nuestro sector del transporte, promover la eficacia energética y transformar el modelo de consumo[57]. La segunda es la *«Plataforma Europea contra la pobreza y la exclusión social»* que tiene por objetivo promover la integración social, en particular mediante la reducción de la pobreza, y, por último, trataremos la iniciativa *«Unión por la innovación»*, cuya finalidad es mejorar las condiciones generales y

56. Estas siete iniciativas emblemáticas son las siguientes: Por lo que respecta al objetivo de un crecimiento inteligente las iniciativas son: «Una agenda digital para Europa» COM (2010) 245 final/2, de 26 de agosto de 2010, «Juventud en movimiento» COM (2010) 477 final, de 15 de septiembre y «Unión por la innovación» COM (2010) 546 final, de 6 de octubre de 2010. En relación con un crecimiento sostenible: «Una política industrial para la era de la mundialización» COM (2010) 614 final, de 28 de octubre y «Una Europa que utilice eficazmente los recursos» COM (2011) 21 final, de 26 de enero de 2011; y por lo que se refiere a un crecimiento integrador: «Agenda de nuevas cualificaciones y empleos» COM (2010) 682 final, de 23 de noviembre y «Plataforma Europea contra la pobreza y la exclusión social» COM (2010) 758 final, de 16 de diciembre de 2010.

57. En la Comunicación *Energía 2020-Estrategia para una energía competitiva, sostenible y segura*, COM (2010) 639 final, de 14 de enero de 2011, se manifiesta que «Las normas para la contratación pública deben insistir en condiciones de eficiencia para incrementar los ahorros energéticos y difundir soluciones innovadoras, en particular en los edificios y en el transporte. El potencial de instrumentos políticos basados en el mercado y de otro tipo, incluida la fiscalidad, para incrementar la eficiencia energética, debe explotarse al máximo». Por su parte, el *Plan Europeo de Eficiencia Energética 2011*, COM (2011) 109 final, de 8 de marzo de 2011, propone que se apliquen de forma sistemática normas rigurosas de eficiencia energética cuando las Administraciones públicas adquieran bienes (por ejemplo, equipos informáticos) y servicios (por ejemplo, energía) y realicen obras (por ejemplo, renovación de edificios).

el acceso a la financiación para investigación e innovación y garantizar que las ideas innovadoras se puedan convertir en productos y servicios que generen crecimiento y empleo.

4. LA CONTRIBUCIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA A LA CONSECUCIÓN DE LOS OBJETIVOS «EUROPA 2020»

4.1. EL IMPULSO DE LA EFICIENCIA ENERGÉTICA Y LA REDUCCIÓN DE EMISIONES DE GASES INVERNADERO

La UE se ha fijado una serie de objetivos sobre clima y energía que deben alcanzarse en el año 2020 *(Objetivo «20/20/20»)*. Así, en el Consejo Europeo de marzo de 2007, la UE asumió el compromiso de reducir sus emisiones globales de gases de efecto invernadero, como mínimo, en un 20% respecto a los niveles de 1990. Además, para este mismo año 2020, se ha propuesto alcanzar otros objetivos que consisten en aumentar la eficiencia energética en un 20%, alcanzar una cuota del 20% de energía procedente de energías renovables y una cuota del 10% en el consumo de biocarburantes con el fin, entre otros, de aumentar la seguridad del abastecimiento energético gracias a una diversificación de los combustibles[58]. En el Consejo Europeo de 4 de febrero de 2011 se reafirmaron los objetivos relacionados con la eficiencia energética y se resaltó la importancia que supone para la consecución de este propósito orientar el gasto público hacia productos, modos de transporte, edificios, obras y servicios eficientes desde el punto de vista energético[59].

En este sentido, y como hemos avanzado con anterioridad, la compra pública puede resultar un potente instrumento para el fomento de la eficiencia energética y el ahorro de energía en relación con la política de protección medioambiental[60], ya que es notorio que a través de sus

58. Conclusiones de la Presidencia de 8 y 9 de marzo de 2007 (Documento del Consejo 7224/07 REV 1). Véase también la Comunicación de la Comisión *Eficiencia energética: alcanzar el objetivo del 20%*, COM (2008) 772 final, de 13 de noviembre de 2008.

59. Conclusiones del Consejo Europeo de 4 de febrero de 2011, núm. EUCO 2/11 REV1, pág. 3. Tal como se indica en estas Conclusiones «disponer de una energía segura, garantizada, sostenible y asequible que contribuya a la competitividad europea sigue siendo una prioridad para Europa. La actuación a nivel de la UE puede y debe aportar un valor añadido a este objetivo».

60. Desde un punto de vista técnico, «eficiencia energética» significa consumir menos energía manteniendo un nivel equivalente de actividades o prestaciones económicas, mientras que «ahorro energético» es un concepto más amplio que también incluye la reducción del consumo gracias a un cambio de comportamiento o a una menor actividad económica. En la práctica, es difícil distinguir entre ambos conceptos y, a menudo se utilizan indistintamente, como certeramente destaca el *Plan Euro-*

adquisiciones, los poderes públicos pueden orientar el comportamiento de los operadores económicos privados requiriendo de ellos bienes y servicios respetuosos con el medio ambiente y que tengan en consideración aspectos relacionados con la mejora de la eficiencia energética[61].

A este respecto merece especial atención la Directiva 2006/32/CE, de 5 de abril de 2006, sobre la eficiencia del uso final de la energía y los servicios energéticos, que alude al papel ejemplarizante que debe asumir el sector público para la concienciación ambiental y la promoción de la contratación de servicios energéticos. Para que el sector público pueda desempeñar este rol, esta Directiva presenta una lista de medidas que los Estados miembros podrán elegir para incluir, al menos dos, en sus licitaciones públicas, conminándolos a su vez para que publiquen directrices sobre la utilización de la eficiencia energética y el ahorro de energía como posibles criterios de adjudicación contractual[62].

Entre las medidas elegibles a adoptar por los Estados miembros para la mejora de la eficiencia energética en sus procedimientos de adjudicación contractual se encuentran las siguientes:

a) Requisitos relativos al uso de instrumentos financieros para los ahorros de energía, incluida la contratación de eficiencia energética, que estipulen la realización de ahorros de energía mensurables y predeterminados (incluso en el caso de que las Administraciones públicas hayan externalizado responsabilidades);

b) Requisitos para la compra de equipos y de vehículos con base en listas de especificaciones de productos energéticamente efi-

---

peo de Eficiencia Energética 2011, COM (2011) 109 final, de 8 de marzo de 2011, pág. 2.

61. En la Comunicación interpretativa sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos medioambientales en la contratación pública [COM (2001) 274 final, de 4 de julio de 2001] ya se analizaban las diversas opciones que ofrecía el marco jurídico entonces vigente para impulsar productos y servicios poco contaminantes. Con posterioridad, y una vez aprobadas las Directivas sobre contratación pública actualmente en vigor, hemos señalado que las cláusulas favorables a los productos y servicios ecológicamente sostenibles se recogen en la Comunicación de la Comisión Contratación pública para un medio ambiente mejor, COM (2008) 400 final, de 16 de julio de 2008. Véase también *http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_es.pdf* [Fecha de consulta: 30 de junio 2011].

62. El artículo 5 de la Directiva 2006/32/CE señala que «los Estados miembros garantizarán que el sector público adopte una o más medidas de mejora de la eficiencia energética, centrándose en las medidas rentables que generen los mayores ahorros de energía en el plazo más breve posible. Dichas medidas se adoptarán al nivel adecuado, ya sea nacional, regional o local, y podrán consistir en iniciativas legislativas y/o acuerdos voluntarios» (DOUE L 114, de 27 de abril de 2006).

cientes de diversas categorías de equipos y vehículos que deben ser elaboradas por las autoridades utilizando, en su caso, el análisis de coste minimizado de ciclo de vida o métodos comparables para asegurar la rentabilidad;

c) Requisitos para la adquisición de equipos con un consumo de energía eficiente en todos los modos, incluido en el modo de espera, utilizando, en su caso, el análisis de coste minimizado de ciclo de vida o métodos comparables para asegurar la rentabilidad;

d) Requisitos para la sustitución o retroadaptación de los equipos y los vehículos existentes por los equipos mencionados en las letras b) y c);

e) Requisitos relativos a la utilización de auditorías energéticas y a la aplicación de las recomendaciones sobre rentabilidad resultantes;

f) Requisitos para la adquisición o el arrendamiento de edificios eficientes energéticamente, o partes de ellos, o requisitos para la sustitución o retroadaptación de edificios adquiridos o arrendados, o partes de ellos, para hacerlos más eficientes energéticamente.

Todas estas medidas participan de una estrategia encaminada a establecer directrices generales a favor de un modelo de consumo sostenible desde un punto de vista medioambiental y que propicie un cambio en el modelo energético, reduzca la emisión de gases de efecto invernadero, promueva transportes menos contaminantes, utilice fuentes de energía renovables y mejore la eficiencia energética de los productos y servicios con la finalidad declarada de cumplir con los compromisos medioambientales adquiridos a nivel internacional[63].

En este sentido, estos mandatos se han trasladado a la reciente legislación sobre sectores específicos a nivel de la UE, puesto que las entidades que están comprendidas en el ámbito de aplicación subjetivo de las

63. Recordemos que la UE, a través de la Decisión 94/69/CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1993, se ha comprometido a cumplir el Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, que se marcó como objetivo la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropogénicas peligrosas en el sistema climático. Véase, en este sentido, la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2009, *2050: El futuro empieza hoy –Recomendaciones para la futura política integrada de la UE en materia de cambio climático–* (2008/2105(INI).

Directivas sobre contratación pública, ya se encuentran obligadas, por ejemplo, a tomar en consideración criterios de eficiencia energética a la hora de adquirir sus equipos ofimáticos[64]. Asimismo, esta obligación afectará también en un futuro cercano a los edificios nuevos ocupados o que sean propiedad de autoridades públicas, pues a partir del año 2019 éstos deberán alcanzar «un nivel de consumo de energía casi nulo»[65].

Con la adopción de estas medidas, se atiende, igualmente, a las recomendaciones europeas de apostar por una «contratación pública ecológica» o «contratación verde» en lo que se refiere al establecimiento de normas en materia de calificación energética. A este respecto, cabe destacarse, de una parte, que el Reglamento (CE) 66/2010, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la etiqueta ecológica de la UE, señala que los Estados miembros podrían considerar la posibilidad de fijar objetivos para la adquisición de productos que tengan un impacto medioambiental reducido durante todo su ciclo de vida, puesto que dichos impactos se generan en distintas etapas (a lo largo de la cadena de producción, durante la fase de uso y en la eliminación de los productos al final de su vida útil)[66].

---

64. El Programa de etiquetado «Energy Star» obliga a las autoridades de las Administraciones centrales de los Estados miembros y a las instituciones de la UE sometidos a la aplicación de las Directivas sobre contratación pública a adquirir equipos ofimáticos cuya eficiencia no sea inferior a los niveles fijados en dicho Programa para los contratos públicos de suministro que superen los umbrales económicos fijados en las Directivas sobre contratación pública. Véase a este respecto el artículo 6 del Reglamento (CE) 106/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2008, relativo a un programa comunitario de etiquetado de la eficiencia energética para los equipos ofimáticos (DOUE L 39, de 13 de febrero de 2008).
65. Según el artículo 9.1.b) de la Directiva 2010/31/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, relativa a la eficiencia energética de los edificios, «Los Estados miembros se asegurarán de que: después del 31 de diciembre de 2018, los edificios nuevos que estén ocupados y sean propiedad de autoridades públicas sean edificios de consumo de energía casi nulo» (DOUE L, 153, de 18 de junio de 2010).
66. El método del análisis del ciclo de vida del producto o servicio está regulado por las normativas ISO de la serie 14040 y se sugiere, al menos de forma indirecta, en el sistema comunitario de gestión y auditoría ambientales EMAS [Reglamento (CE) 1221/2009]. Respecto de la promoción de la etiqueta ecológica de la UE, el artículo 12.3 y el Anexo I, parte A, punto 5 del Reglamento (CE) 66/2010, establecen que los Estados miembros fomentarán el uso del «Manual para las autoridades encargadas de la adjudicación de contratos públicos» en el cual se orientará a las autoridades encargadas de la adjudicación de contratos públicos sobre el uso de los criterios de la etiqueta ecológica de la UE (DOUE L 27, de 30 de enero de 2011). Véase: *http://ec.europa.eu/environment/ecolabel/about_ecolabel/ecolabel_and_gpp_en.htm* [Fecha de consulta: 30 de junio 2011].

Además, la Directiva 2010/30/UE dispone que las autoridades contratantes que suscriban contratos públicos de obras, suministro o servicios procurarán adquirir únicamente productos que cumplan los criterios de alcanzar los niveles de rendimiento máximos y pertenezcan a la clase de eficiencia energética más elevada, dejando abierta la posibilidad a los Estados miembros de exigir que únicamente adquieran los productos que se ajusten a dichos criterios[67]. Por último, la Comisión en su Comunicación *Energía 2020-Estrategia para una energía competitiva, sostenible y segura*, señala igualmente que deben utilizarse criterios energéticos relativos a la eficiencia, las energías renovables y la conexión a redes inteligentes en todos los contratos públicos de obras, servicios o suministros[68].

En línea con estas recomendaciones y mandatos, la Comisión viene elaborado desde el año 2008 un listado de productos y servicios prioritarios para lograr una verdadera *ecologización* de la contratación pública y, para tal fin, desarrolla un conjunto de criterios comunes de contratación pública verde –criterios ecológicos– en relación con la compra de los productos y servicios incluidos en dicha relación basándose en etiquetados energéticos europeos y nacionales, como por ejemplo, en la etiqueta ecológica comunitaria, las etiquetas Nordic Swan, Milieukeur y Blue Angel o el programa de etiquetado «Energy Star».

La elección de estos productos y servicios trae causa de su elevado valor añadido para reducir el impacto medioambiental, por el estímulo que para el mercado supone la demanda de estos bienes, así como, por servir de ejemplo para los consumidores particulares. En cualquier caso, con la elaboración de estos criterios ecológicos la intención de la Comisión es orientar a los poderes adjudicadores acerca de cómo incluir en sus procedimientos de adjudicación contractual cláusulas que tengan en cuenta las características energéticas y medioambientales de estos productos sin que con ello se vulnere la normativa contractual.

Estos sectores prioritarios son, en primer lugar: la construcción, el papel para copias y papel gráfico, los productos y servicios de limpieza, los equipos ofimáticos, el transporte y servicios de transporte, el mobiliario, la energía (incluidas la electricidad, la calefacción y la refrigeración procedentes de fuentes de energía renovables), la alimentación y

67. Artículo 9 de la Directiva 2010/30/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, relativa a la indicación del consumo de energía y otros recursos por parte de los productos relacionados con la energía, mediante el etiquetado y una información normalizada (DOUE L 153, de 18 de junio de 2010).
68. COM (2010) 639 final, de 14 de enero de 2011.

servicios de restauración, los productos textiles y los productos y servicios de jardinería[69]. A este primer grupo se añadió, en julio de 2010, uno segundo que se refieren a: ventanas, puertas y claraboyas; aislamiento térmico; revestimientos de suelo; paneles de pared; cogeneración (producción combinada de calor y electricidad); construcción de carreteras y señales de tráfico; iluminación de las vías públicas y de las señales de tráfico y teléfonos móviles[70].

La integración de este objetivo de eficiencia energética en la contratación pública para aprovechar las posibles sinergias y contribuir con ello a reducir las emisiones de gases invernadero, también encuentra plasmación en la Directiva 2009/33/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes[71].

Esta Directiva establece normas para la compra de vehículos ligeros (turismos y furgonetas)[72] y vehículos pesados (camiones y autobuses)[73]

---

69. Véase la Comunicación de la Comisión *Contratación pública para un medio ambiente mejor*, COM (2008) 400 final, de 16 de julio de 2008, pág. 8. Para la consulta de las fichas referentes a estos primeros diez productos y servicios, resulta de interés: *http://ec.europa.eu/environment/gpp/first_set_en.htm* [Fecha de consulta: 30 de junio 2011].
70. *http://ec.europa.eu/environment/gpp/second_set_en.htm* [Fecha de consulta: 30 de junio 2011].
71. DOUE L 120, de 15 de mayo de 2009). En España el cumplimiento de la obligación de transposición de estas medidas sobre eficiencia energética se atienden a través de la aprobación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES). Véase en este sentido, SANZ LARRUGA, F. J., «Sostenibilidad ambiental y Derecho Administrativo: ¿nuevo remedio ante la crisis económica o una exigencia constitucional?. A propósito de la nueva Ley de Economía Sostenible», Comunicación presentada al *VI Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo*, celebrado en Palma de Mallorca, los días 11 y 12 de febrero de 2011 y publicada en *Actualidad Jurídica Ambiental;* VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «Impulso decisivo en la consolidación de una contratación pública responsable. Contratos verdes: de la posibilidad a la obligación», *Actualidad Jurídica Ambiental*, abril 2011 y también en «Un paso de gigante hacia una contratación pública ambientalmente sostenible: La obligación de comprar vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes», *Contratación Administrativa Práctica*, 2011 y MEDINA ARNÁIZ, T., «Las principales novedades en la normativa contractual del sector público en la LES», en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Economía Sostenible*, La Ley-Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2011 (en prensa).
72. La referencia se hace respecto de vehículos de las categorías M_1 y N_1 a los que se refiere el cuadro 3 del anexo de la Directiva, esto es, vehículos de turismo (M_1) y vehículos industriales ligeros (N_1). La definición de las categorías de vehículos se recogen en el Anexo II de la Directiva 2007/46/CE, de 5 de septiembre, por la que se crea un marco para la homologación de los vehículos de motor y de los remolques, sistemas, componentes y unidades técnicas independientes destinados a dichos vehículos (DOUE L 263, de 9 de octubre de 2007).
73. En este caso, se trata de vehículos de las categorías M_2, M_3 (autobuses); es decir,

por parte, tanto de los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras sometidas a las Directivas sobre contratación pública, como de aquellos operadores económicos que prestan servicios públicos de transporte de viajeros en virtud de un contrato de servicio público[74].

Esta regulación obliga, por tanto, a que a partir del 4 de diciembre de 2010[75], todas estas entidades sujetas a las prescripciones de la normativa contractual –e independientemente de su naturaleza pública o privada– tengan en cuenta en el momento de adquirir sus vehículos de transporte por carretera, los impactos energético y medioambiental del vehículo durante todo el ciclo de su vida útil, lo que supone incluir, como mínimo, el consumo de energía, las emisiones de CO_2 y las emisiones de otros contaminantes derivados de la utilización del vehículo como son los óxidos de nitrógeno (NO_x), los hidrocarburos no metánicos (NMHC) y las partículas (PM)[76].

---

vehículos con más de ocho plazas, excluida la del conductor cuya masa máxima no supera, en el caso de la categoría M_2, o supera en el caso de la categoría M_3, las 5 toneladas, y que están diseñados y fabricados para el transporte de pasajeros. Por su parte, los vehículos de la categoría N_2 y N_3 son vehículos pesados para el transporte de mercancías.

74. Es el caso de los operadores que ejecutan obligaciones de servicio público en el marco de un contrato de servicio público, se atenderá a lo dispuesto en el Reglamento (CE) 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera. El sometimiento de estos sujetos a los postulados de esta Directiva atenderá al umbral económico del contrato que fije cada Estado miembro, pero que no podrá exceder los umbrales fijados por las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE.

75. La fecha del 4 de diciembre de 2010 es la fecha límite para la transposición de esta Directiva a los derechos nacionales de los Estados miembros. En el caso español, esta fecha no se cumplió porque es anterior a la aprobación de la Ley de Economía Sostenible, puesto que la Ley está fechada tres meses después, concretamente el 4 de marzo de 2011. En este sentido, BLÁNQUEZ ROMÁN mostraba su sorpresa de que esta obligación fuera exigible por parte de los artículos 105 y 106 antes de la su entrada en vigor, BLÁNQUEZ ROMÁN, J. A., «Modificaciones a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público introducidas por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible» *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 108, mayo 2011.

76. Las «partículas contaminantes» son definidas como los «componentes que se separan del gas de escape diluido a una temperatura máxima de 325 K (52 °C) mediante los filtros descritos en el procedimiento de ensayo para la verificación de las emisiones medias del tubo de escape» por parte del Reglamento (CE) 715/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007, sobre la homologación de tipo de los vehículos de motor por lo que se refiere a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros (EURO 5 y EURO 6) y del Reglamento (CE) 595/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, relativo a la homologación de los vehículos de motor y los motores en lo concerniente a las emisiones de los vehículos pesados (EURO VI).

Es decir, que los vehículos que adquieran estos órganos de contratación sean limpios y energéticamente eficientes sobre la base de motores de combustión más sostenibles –vehículos «ecológicos» en cualquier caso–; además, por supuesto, de que se ajusten a las denominadas normas «EURO» de la legislación de la UE por las que se establecen los requisitos de comportamiento en materia de emisiones contaminantes de los vehículos[77].

En este orden de cosas, el artículo 5.3 de la Directiva responde a cómo se deben cumplir estos mandatos por parte de los órganos de contratación que están obligados a ello. Así, la incorporación de los costes energético y medioambiental en la decisión de compra de vehículos, puede hacerse efectiva en dos fases distintas del procedimiento de adjudicación contractual: en la fase previa a la licitación incluyendo los requisitos relativos a la energía y al comportamiento medioambiental como especificaciones técnicas que establezcan las características del objeto del contrato, o bien en la fase de adjudicación como uno de los criterios que permita identificar la oferta económicamente más ventajosa[78].

---

77. La Estrategia de la Unión para reducir las emisiones de CO_2 de los turismos y los vehículos comerciales ligeros estableció un enfoque integrado con objeto de conseguir el objetivo de 120 g de CO_2/km para 2012. Con el fin de limitar la contaminación producida por los vehículos de carretera, la UE ha adoptado distintas medidas específicas vinculadas a su estrategia para reducir las emisiones de CO_2 en los vehículos. A este respecto, resulta de interés el Informe de la Comisión COM (2010) 656 final, de 10 de noviembre de 2010 y el Reglamento UE 510/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2011, por el que se establecen normas de comportamiento en materia de emisiones de los vehículos comerciales ligeros nuevos como parte del enfoque integrado de la Unión para reducir las emisiones de CO_2 de los vehículos ligeros (DOUE L 145, de 31 de mayo de 2011). Las normas Euro 6 para automóviles y vehículos comerciales ligeros y Euro VI para vehículos pesados, aplicables a partir de septiembre de 2014, constituyen algunas de esas medidas proyectadas para reducir las emisiones reales de contaminantes atmosféricos de los vehículos, tales como los contaminantes en partículas (materia particulada) y los precursores de ozono como los óxidos de nitrógeno (NO_x) y los hidrocarburos. *http://ec.europa.eu/clima/policies/transport/vehicles/index_en* [Fecha de consulta: 30 de junio 2011].

78. La incorporación obligatoria de estos impactos en la compra de vehículos limpios y energéticamente eficientes como criterios de adjudicación no descarta, sin embargo, que los órganos de contratación puedan incluir otros criterios, siempre que los mismos estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran una libertad de decisión ilimitada al poder adjudicador o a la entidad adjudicadora, se publiciten convenientemente y se ajusten a los principios fundamentales de la normativa contractual. Por esa razón, también se pudieran tener en consideración criterios referidos a la contaminación acústica o a la generación de residuos de aceites lubricantes y neumáticos que sí se señalan en las fichas elaboradas por la Comisión para la incorporación de criterios «verdes» en la adquisición de turismos y vehículos ligeros y en los servicios de transporte público.
http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/toolkit/transport_GPP_product_sheet_es.pdf

En este último supuesto, es decir, cuando la inclusión de los costes del consumo de energía, las emisiones de CO_2 y las emisiones contaminantes de los vehículos se tomen en consideración como criterios de adjudicación contractual, será necesario valorar económicamente estos impactos en la decisión de compra. Para proceder a dicha cuantificación se establece una metodología de cálculo prevista en el artículo 6 y en atención a los datos recogidos en el anexo de esta Directiva (Cuadros 1, 2 y 3) que atienden al contenido energético de los combustibles, al coste de las emisiones contaminantes en el transporte por carretera y al kilometraje de los vehículos en el transporte por carretera durante su vida útil distinguiendo entre categorías de vehículos.

Con la finalidad de contribuir a superar el obstáculo que supone la general falta de conocimientos acerca de un método de medición basado en el ciclo de vida útil del vehículo y no sólo en su precio[79], se han desarrollado distintas herramientas para evaluar los costes completos del ciclo de vida y las emisiones de CO_2 de un vehículo en comparación con otros. Un ejemplo de ello es el portal sobre vehículos limpios –*Clean Vehicle Portal*– [*http://www.cleanvehicle.eu/*] cuyo objetivo es ayudar a los órganos de contratación a aplicar esta Directiva, proporcionándoles un análisis comparativo de los costes de los vehículos existentes durante su vida útil y de donde se puede obtener información detallada y comparativa sobre el consumo de carburante (Consumo (l/100km) y las emisiones de CO_2 (gCO_2/km) de los vehículos.

La novedad que presenta esta Directiva deriva de su carácter obligatorio para todos los poderes adjudicadores, entidades contratantes y operadores que prestan servicios públicos de transportes de viajeros por cuanto se establece la obligación ineludible de compra de vehículos limpios y energéticamente eficientes. Su contenido, sin embargo, no resulta novedoso, puesto que la posibilidad de incorporar «características medioambientales y el coste de funcionamiento» a un procedimiento de adjudicación contractual como criterio de adjudicación ya estaba prevista en las Directivas sobre contratación pública (artículo 53 Directiva 2004/18/CE y artículo 55 de la Directiva 2004/17/CE) y había sido res-

79. En un planteamiento basado en el ciclo de vida útil se estudia el impacto de las emisiones del «pozo a la rueda», es decir, de la producción de combustible (del pozo al depósito) y de la utilización del vehículo (del depósito a la rueda). Ello incluye las emisiones de la producción de electricidad y el impacto que tienen en el medio ambiente la producción y la eliminación del vehículo. Véase la Comunicación de la Comisión sobre la *Estrategia europea sobre vehículos limpios y energéticamente eficientes*, COM (2010) 186 final, de 28 de mayo de 2010, pág. 12.

paldada por la jurisprudencia del TJUE puesto que se admitía sin fisuras que se pudieran tener en cuenta criterios ecológicos, «siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular, el principio de no discriminación»[80].

Abundando en esa falta de originalidad, cabe señalar también que tanto la Directiva 2004/18/CE como la Directiva 2004/17/CE, ya contemplaban la inclusión de aspectos medioambientales al regular las especificaciones técnicas (artículo 23 Directiva 2004/18/CE y artículo 34 de la Directiva 2004/17/CE). Así, se prevé que cuando los poderes adjudicadores prescriban características medioambientales en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, «podrán utilizar especificaciones detalladas o, en su caso, partes de éstas, tal como se definen en las etiquetas ecológicas europeas (pluri)nacionales, o en cualquier otra etiqueta ecológica», de tal manera que, a partir del establecimiento de dichas exigencias, las empresas interesadas en el contrato sopesen si presentan o no una oferta. En este caso, los límites lo marcan las propias Directivas al señalar que será posible su utilización siempre que dichas etiquetas: sean apropiadas para definir las características de los suministros o de las prestaciones que sean objeto del contrato; se desarrollen basándose en una información científica; se adopten mediante un proceso en el que puedan participar todas las partes implicadas (organismos gubernamentales, consumidores, fabricantes, distribuidores y organizaciones medioambientales), y que sean accesibles a todas las partes interesadas. Y es que, como hemos señalado anteriormente, no podemos olvidar que la pretensión última de estas exigencias es permitir el acceso a los contratos en igualdad de condiciones para todos los licitadores y que no existan obstáculos injustificados a la apertura de los contratos a la competencia.

4.2. LA LUCHA CONTRA LA POBREZA Y LA EXCLUSIÓN SOCIAL

La lucha contra la pobreza y la exclusión social figura entre las

80. Véase, en este sentido, las sentencias de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, Rec. p. I-7213, apartado 69 y de 4 de diciembre de 2003, *EVN y Wienstrom*, C-448/01, Rec. p. I-14527, apartado 33. Sobre la sostenibilidad y su proyección en la contratación pública resulta de interés, GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración* (…), *op. cit.*, págs. 67 a 86.

prioridades de la UE cuya actuación en este campo se fundamenta en el artículo 9 TFUE. Asimismo, en la *Estrategia Europa 2020* tienen un papel destacado las cuestiones referidas a la cohesión social y así, entre sus iniciativas emblemáticas se encuentra la *«Plataforma Europea contra la pobreza y la exclusión social»* cuyo objetivo es garantizar la cohesión económica, social y territorial, a fin de aumentar la conciencia y reconocer los derechos fundamentales de las personas que sufren de pobreza y exclusión social, permitiéndoles vivir con dignidad y participar activamente en la sociedad[81]. A esta labor inclusiva también puede contribuir la contratación pública.

Una de las razones del impulso de los aspectos sociales en la contratación pública está en conexión directa con los objetivos marcados por las políticas públicas respecto del acceso al empleo en cuanto que se parte de la idea de que la protección social ya no basta por sí sola para prevenir la pobreza y la exclusión[82]. Y es que, las desigualdades sociales se han ido acentuando como consecuencia de las transformaciones que han tenido lugar en los procesos productivos y en el mercado laboral. La crisis económica y el agotamiento del modelo de pleno empleo sumado a los cambios en las estructuras familiares, ha generado nuevas necesidades sociales que se concretan en distintas situaciones de desventaja social en las que se encuentran los sectores más desfavorecidos por cuanto tienen limitado el acceso a determinados bienes y servicios. Es en este contexto que surge el término «exclusión social»[83].

---

81. COM (2010) 758 final, de 16 de diciembre de 2010.
82. En la Recomendación 2008/867/CE, de la Comisión, de 3 de octubre de 2008, sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral, se recomienda a los Estados miembros a que conciban y apliquen una estrategia global para la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral y que organicen y apliquen políticas integradas de inclusión activa incluida la relativa a las ayudas estatales, así como la de contratación pública (DOUE L 307, de 18 de noviembre).
83. Hay consenso en afirmar que exclusión y pobreza no son equivalentes aun cuando la vinculación entre estos conceptos es innegable. De hecho, el término «pobreza» en la definición oficial propuesta en el Consejo de las Comunidades Europeas, de 19 de diciembre de 1984, incorpora este elemento excluyente al definir la pobreza como «la situación de personas, familias y grupos cuyos recursos económicos, sociales y culturales son tan limitados que les excluyen del modo de vida que se considera aceptable en la sociedad en que viven». Por todo ello, y aunque el concepto de exclusión social intenta superar al término pobreza, los trabajos sobre este tema muestran que existe un amplio círculo en el que coinciden pobres y excluidos. Un importante número de autores parece coincidir en que el término «exclusión social» comenzó a ser empleado en Francia a mediados de los años setenta, cuando en 1974 René LENOIR, por aquel entonces Secretario de Estado de Acción Social, publicó su libro *Les exclus: un français sur dix*. Este autor estimaba que uno de cada diez franceses quedaban al margen de los resultados económicos y sociales de la economía francesa y denunciaba la incapacidad de ésta para incorporar a determinados colec-

Inicialmente este término de origen sociológico sirvió para presentar la situación en la que se encontraban ciertos grupos de personas, pero tiempo después ha traspasado el ámbito sociológico y nos describe un fenómeno multidimensional que se manifiesta a través de privaciones y obstáculos de diverso tipo que impide, a los sujetos comprendidos en ella, una participación plena en ámbitos como la educación, la salud o el acceso a la vivienda[84]. El empleo es la mejor protección contra la exclusión social, ya que el trabajo remunerado garantiza la autonomía económica necesaria para satisfacer las necesidades personales más básicas y para acceder a los recursos y prestaciones suficientes para vivir con dignidad; por ello, el empleo está considerado como uno de los principales mecanismos de inserción social para los colectivos desfavorecidos pues, además de ser la fuente básica de ingresos, también constituye un mecanismo de articulación de las relaciones sociales; de ahí que la carencia o la precariedad en el empleo tengan efectos colaterales más allá de la falta de recursos económicos.

En este sentido, ya en la *Estrategia de Lisboa* (2000) se reconoció que la lucha contra la exclusión y la pobreza son elementos que impulsan el progreso económico y la modernización del modelo social europeo y, en concreto, se establecía como objetivo estratégico de la UE la promoción de la integración social al considerar «inaceptable el número de personas que viven en la Unión por debajo del umbral de la pobreza y excluidas socialmente». Según datos publicados en el año 2009 por la Oficina Estadística de la Comisión Europea –EUROSTAT– el 16,5% de la población de la UE, es decir, más de 80 millones de personas vivieron en la Unión con menos del 60% de la renta media nacional, que es el umbral de ingresos utilizado para medir la pobreza relativa[85]. Además de ello,

---

tivos en un sistema de bienestar social. En el grupo de los excluidos mencionaba a los discapacitados físicos y mentales, personas con tendencias al suicidio, ancianos, niños víctimas de abusos, toxicómanos, delincuentes, familias monoparentales, miembros de hogares con problemas múltiples, personas marginales y asociales, y otros inadaptados sociales. Véase, ESTIVILL PASCUAL, J., *Panorama de la lucha contra la exclusión social. Conceptos y estrategias,* Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003; MORIÑA DÍEZ, A., *La exclusión social: análisis y propuestas para su prevención*, Estudios de Progreso. Fundación Alternativas, Documento de trabajo 26/2007, Madrid, 2007 y VALLECILLO GÁMEZ, Mª R. y MOLINA NAVARRETE, C., *Empresas de inserción y mercados de trabajo inclusivos. Nuevo marco regulador y modelos de gestión*, Comares, Granada, 2008.

84. Comunicación de la Comisión *Construir una Europa que fomente la integración,* COM (2000) 79 final, de 1 de marzo de 2000.

85. Estos mismos datos son los que aparecen publicados en la Comunicación de la Comisión *Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento: anticipo de la respuesta global de la UE a la crisis*, COM (2011) 11 final, de 12 de enero de 2011, pág. 3.

se estima que más de 22 millones de personas en la UE se encuentran desempleadas –lo que supone una tasa de desempleo del 9,4%–[86] y que una parte nada desdeñable de la población europea es víctima de la exclusión social: una persona de cada cinco habita una vivienda inadecuada, el 10% de los europeos residen en hogares en los que ninguno de sus miembros trabaja y el desempleo de larga duración ronda el 4%[87].

En su Resolución de 15 de noviembre de 2007 sobre la evaluación de la realidad social, el Parlamento Europeo destacó que el fortalecimiento de la cohesión social y la erradicación de la pobreza y de la exclusión social debían convertirse en una prioridad política de la UE y, al año siguiente se propuso que el 2010 fuera considerado el Año Europeo de la lucha contra la pobreza y la exclusión social, reiterando, de esta manera, el compromiso político de «promover la lucha contra la exclusión social en todos los niveles de gobernanza»[88].

A través de la *Estrategia 2020*, la UE alberga el propósito de reducir el número de europeos que viven por debajo del umbral nacional de pobreza en un 25%, liberando de la pobreza a 20 millones de personas en esta década. Para lograr tal objetivo, se parte de que la persistencia de la pobreza, el desempleo y la creciente complejidad de desventajas múltiples requieren soluciones políticas globales e integradas. En este sentido, el modelo europeo de economía pluralista e inclusiva tiene que reforzarse alentando a las empresas a participar en la construcción de sociedades más inclusivas, en especial, promoviendo la responsabilidad social de las empresas[89]. Asimismo, este objetivo puede conseguirse ani-

86. Entre los Estados miembros, la menor tasa de paro se registró en Países Bajos y Austria (ambos con 4,2%), y Luxemburgo (4,5%), mientras que la más alta se registró en España con un 20,7% (datos referidos a abril de 2011) (datos extraídos del *Labour Market Fact Sheet* - junio 2011).

87. Son datos extraídos del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema *Educación para la inclusión: un instrumento de lucha contra la pobreza y la exclusión social* (DOUEC 18, de 19 de enero de 2011) y de las Comunicaciones de la Comisión *Modernizar la protección social en aras de una mayor justicia social y una cohesión económica reforzada: promover la inclusión activa de las personas más alejadas del mercado laboral*, COM (2007) 620 final, de 17 de octubre de 2007, pág. 2 y *Propuesta de informe conjunto sobre protección social e inclusión social 2008*, COM (2008) 42 final, de 30 de enero de 2008, pág. 3.

88. Decisión 1098/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa al Año Europeo de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social (2010) (DOUE L 298, de 7 de noviembre de 2008). *http://www.2010againstpoverty.eu/?langid=es* [Fecha de consulta: 30 de junio 2011].

89. La Comisión Europea entiende la responsabilidad social de las empresas como la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores. Véase en este sentido su Libro Verde *Fomentar un marco europeo para la responsa-*

mando a las empresas a que contraten a personas de grupos desfavorecidos y, por supuesto, también teniendo en cuenta consideraciones sociales en la adjudicación de contratos públicos[90].

Las razones del porqué son evidentes, en primer lugar, porque no resulta coherente que se apele a la responsabilidad social de las empresas para lograr mayores niveles de inclusión social –máxime cuando ésta tiene una base voluntaria–, y que no se actúe de igual modo desde los poderes públicos y, en segundo lugar, aunque no menos importante, porque las autoridades públicas pueden contribuir a la realización de los objetivos estratégicos de *Europa 2020* utilizando su alto poder adquisitivo para comprar bienes y servicios con un alto valor «social», convirtiendo sus compras en una «compra socialmente responsable».

Según se contempla en la *Guía para tomar en consideración cuestiones sociales en la contratación pública* (2010)[91], la compra socialmente responsable se refiere a las operaciones de contratación que «tienen en cuenta uno o más de los siguientes aspectos sociales: oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento con los derechos sociales y laborales, inclusión social (incluidas las personas con discapacidad), igualdad de oportunidades, diseño de accesibilidad para todos, consideración de los cri-

---

bilidad social de las empresas, COM (2001) 366 final, de 18 de julio de 2001. Sobre la vinculación entre Responsabilidad Social Corporativa (RSC), contratación pública y cláusulas sociales, puede consultarse ARROWSMITH, S. y KUNZLIK, P., « *Social and Environmental Policies in EC* (…)», *op. cit.*, y MCCRUDDEN, Ch., *Responsabilidad empresarial y contratación en el sector público*, IX Cuaderno Fonética, 2007. Por su parte MOLINA NAVARRETE, C.: «Relaciones laborales, política de empleo y compra pública socialmente responsable (…)», *op. cit.*, págs. 9 y ss., afirma que «no hay documento comunitario sobre el estudio de las cláusulas sociales, en cualquiera de sus modalidades, que no vincule, de una manera más o menos estrecha, esta figura a la RSC, y viceversa».

90. En España, por ejemplo, en los cinco Planes Nacionales de Inclusión Social (El I Plan comprendía el período 2001-2003 (PNAin 2001-2003), el II Plan se refiere al bienio 2003-2005 (PNAin 2003-2005), el III Plan abarca los años 2005-2006 (PNAin 2005-2006), en octubre del 2006 se aprobó el IV Plan que comprende la Estrategia nacional para la inclusión social en el período 2006-2008 y, por último, el V Plan para el período 2008-2010) se señalan que los colectivos en situación de mayor vulnerabilidad son: personas mayores, personas con discapacidad, mujeres, infancia, jóvenes, personas drogodependientes, enfermos de sida, población inmigrante, población reclusa y ex reclusa, colectivo gitano, prostitutas y personas sin hogar. Véase, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Trabajo y exclusión social en el nuevo sistema de contratación del sector público», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núms. 305-306, 2008, págs. 3-64.

91. *Guía para tomar en consideración cuestiones sociales en la contratación pública. Buying social. A Guide to taking account of social considerations in public procurement, SEC* (2010) 1258 final, de 19 de octubre de 2010.

terios de sostenibilidad, incluidas las cuestiones de comercio ético[92] y un cumplimiento voluntario más amplio de la responsabilidad social de las empresas».

La consideración de aspectos sociales en la contratación pública puede tener lugar en distintas fases del procedimiento de adjudicación de un contrato público y, que tal como señala el *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*, afectan al «qué comprar» y al «cómo comprar». Así pues, podemos afirmar que se pueden incorporar cláusulas sociales al contrato en el momento de identificar las necesidades del órgano de contratación, al diseñar las especificaciones técnicas, en los criterios de selección del contratista, como criterios de adjudicación y también como condiciones de ejecución contractual. Incluso, tal y como posibilitan las Directivas sobre contratación pública, reservando una parte de los contratos públicos a talleres protegidos o cuya ejecución está reservada en el contexto de programas de empleo protegido, como el caso de Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción.

Ahora bien, hay que volver a subrayar que para que cualquiera de estas cláusulas se ajuste al ordenamiento jurídico, deben ser transparentes y atender a los principios de concurrencia, igualdad de trato y no discriminación[93]. Estos principios, que rigen la contratación pública desde que se promulgaran las primeras Directivas en esta materia, deben respetarse por parte de los órganos de contratación aun cuando mediante la adjudicación de los contratos públicos se trate de favorecer la consecución de políticas sociales.

4.2.1. Los aspectos sociales en la fase previa a la licitación

4.2.1.1. La definición del objeto contractual

El objeto de un contrato se refiere al producto, servicio o trabajo

92. A los efectos de esta *Guía* el concepto de comercio ético supera al de comercio justo y así, al tratar las «etiquetas/certificación de comercio ético» incluye cualquier sistema no gubernamental de garantía de la sostenibilidad comercial, como por ejemplo, las etiquetas de Comercio justo, Fairtrade, Max Havelaar, UTZ Certified y Rainforest Alliance, que permiten dar apoyo a toda una serie de objetivos de desarrollo sostenible.

93. Sobre este apartado resultan de interés los comentarios de Moreno Molina, J. A., *Los principios generales de la contratación de las Administraciones públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006, págs. 72 a 79 y Gimeno Feliu, J. Mª., *«Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007* (…)», *op. cit.*, págs. 233 a 239.

que la entidad adjudicadora desea obtener. La Comisión en su *Comunicación sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos* (2001)[94] ya señalaba que la primera ocasión de integrar aspectos sociales en un contrato público se presenta en el momento de definir el objeto del contrato, de tal manera que «en esta fase, los poderes adjudicadores gozan de una buena oportunidad para tener en cuenta los aspectos sociales y escoger un producto o servicio que se corresponda con sus objetivos sociales». No obstante, el alcance en la determinación del objeto contractual en cuanto a considerar aspectos sociales en la contratación pública, transciende del momento inicial del contrato al incidir también a la fase de adjudicación del mismo pues, como se desprende de la jurisprudencia del TJUE, los criterios que pueden utilizarse como criterios de adjudicación deben estar directamente vinculados al objeto del contrato.

4.2.1.2. Definición de las prescripciones técnicas

Una vez definido el objeto contractual, la consecución de objetivos sociales en la fase preparatoria del contrato viene también de la mano de las especificaciones técnicas empleadas para identificar el objeto del contrato y para establecer las características o los métodos de producción del mismo. Y es que, las prescripciones técnicas al determinar el objeto contractual pueden incluir condiciones de carácter social al detallar las características requeridas del material, producto, suministro o servicio demandado por el órgano de contratación, de tal manera que, a partir del establecimiento de dichas exigencias, las empresas interesadas en el contrato sopesen si presentan o no una oferta[95].

En cuanto a las cláusulas sociales en las especificaciones técnicas,

94. COM (2001) 566 final, de 15 de octubre de 2001.
95. Sobre el objetivo que persiguen las prescripciones técnicas, puede consultarse las conclusiones del Abogado General Sr. JACOBS, presentadas el 21 de abril de 2005, en el asunto *Impresa Portuale di Cagliari*, C-174/03, apartado 72 y las conclusiones de la Abogado General Sharpston presentadas el 21 de noviembre de 2006 en el asunto *Medipac*, C-6/05, Rec. pág. I-4557, apartado 78 «Las especificaciones técnicas identifican el objeto del contrato en términos precisos, permiten que las empresas interesadas sopesen si presentan una oferta y proporcionan a los poderes adjudicadores los parámetros técnicos para evaluar, en relación con sus necesidades, las distintas ofertas presentadas. Esas especificaciones juegan un papel esencial en la selección de las ofertas idóneas y por su propia naturaleza deben ser definidas previamente. En principio, cualquier oferta que cumpla las especificaciones técnicas previstas en el anuncio de licitación debe ser admitida como idónea para cumplir el objetivo del contrato por el poder adjudicador, que después debe aplicar los criterios de adjudicación elegidos».

las Directivas sobre contratación pública establecen la conveniencia de formular las especificaciones técnicas en términos de accesibilidad para las personas con discapacidades o el diseño para todos los usuarios (artículo 23 Directiva 2004/18/CE y artículo 34 de la Directiva 2004/17/CE)[96]. Asimismo, las Directivas posibilitan que los poderes adjudicadores elijan entre especificaciones basadas en normas técnicas o en términos de rendimientos o de exigencias funcionales, si bien elude referirse a las «etiquetas sociales» como medio para acreditar que el producto o servicio demandado por el órgano de contratación cumple las características sociales requeridas en el pliego de prescripciones técnicas, aun cuando sí se mencionan expresamente las etiquetas ecológicas para cumplir dicha finalidad de certificación.

Estas etiquetas sociales, que han sido definidas por la Comisión Europea, como las «palabras y símbolos sobre un producto con las que se intenta influir en las decisiones de compra de los consumidores garantizando el impacto social y ético de una operación empresarial en otras partes interesadas»[97], certifican que las empresas que las poseen han adquirido el compromiso de aplicar voluntariamente ciertos estándares de trabajo y evalúan, en cierto sentido, su compromiso socialmente responsable. A pesar de su reconocimiento, la admisión de estas etiquetas en la contratación pública no parece gozar de la misma aceptación que las etiquetas ecológicas, quizá debido a que se considera que todavía reina cierta confusión entre los diversos sistemas de etiquetados de productos y que no existen mecanismos de vigilancia relacionados con el etiquetado social de productos. No obstante, un ámbito en el que tienen especial incidencia estas «etiquetas sociales» es el relativo a la compra de productos de comercio justo[98].

---

96. Por «accesibilidad» se entiende el acceso de las personas con discapacidad, en las mismas condiciones que el resto de la población, al entorno físico, al transporte, a las tecnologías y los sistemas de la información y las comunicaciones (TIC), y a otras instalaciones y servicios. En la *Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras*, COM (2010) 636 final, de 15 de noviembre de 2010, se recuerda que la UE y los Estados miembros tienen el mandato de mejorar la situación de las personas con discapacidad (artículo 26 de de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y artículos 10 y 19 del TFUE).
97. Libro Verde *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas,* COM (2001) 366 final, de 18 de julio de 2001, pág. 28.
98. Según se establece en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión *Contribución al desarrollo sostenible: el papel del comercio justo y de los sistemas no gubernamentales de garantía de la sostenibilidad comercial*, COM (2009) 215 final, de 5 de mayo de 2009 «se considera etiqueta de comercio justo aquella que se centra específicamente en evaluar y certificar el respeto de unas condiciones laborales y medioambientales que respetan o se sitúan por encima de las normas internacionales mínimas, unos acuerdos comerciales de apoyo y algún

Nada impide que los poderes adjudicadores que deseen adquirir bienes de comercio justo lo hagan, pues incluso desde las instituciones europeas se anima a que se incluyan estos criterios en las licitaciones públicas[99]. Ahora bien, la Comisión advierte que si un órgano de contratación tiene intención de comprar productos de comercio justo debe definir las especificaciones técnicas en relación con criterios referidos a las características, a la función de los productos o al proceso de producción de los mismos y no en referencia a una etiqueta concreta –ni siquiera con la mención «o equivalente»– ya que esto limitaría el acceso al contrato de productos que no están certificados, pero que cumplen con normas comerciales similares.

En su Comunicación *Contribución al desarrollo sostenible: el papel del comercio justo y de los sistemas no gubernamentales de garantía de la sostenibilidad comercial* (2009) la Comisión manifiesta que la exigencia de que los productos estén certificados por un sistema de etiquetado específico es contraria a la normas sobre contratación pública, si bien señala que la inclusión de criterios relativos a los procedimientos de producción es legítima. Por ello, si los órganos de contratación quieren adquirir productos de comercio justo no deben solicitar una etiqueta concreta, sino que «deben fijarse más bien en los subcriterios que constituyen la base, por ejemplo la etiqueta "Fairtrade" y utilizar sólo los que sean pertinentes al objeto de su compra. Los órganos de contratación deben permitir siempre a los licitadores demostrar el cumplimiento de estas normas utilizando etiquetas de Comercio Justo u otros justificantes»[100].

---

tipo de prima en beneficio de los productores de los países en desarrollo» (DOUE C 339, de 14 de diciembre de 2010).

99. Sirva como prueba que en el apartado 33 de la *Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de mayo de 2010, sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública* se instaba a la Comisión a que animase a las autoridades públicas a utilizar criterios de comercio justo en sus licitaciones públicas y políticas de compra basados en la definición de comercio justo reconocida en la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de julio de 2006, sobre comercio justo y desarrollo [2005/2245 (INI)] y en la Comunicación de la Comisión Europea de 5 de mayo de 2009 (DOUE C 161E, de 31 de mayo de 2011).

100. Comunicación de la Comisión *Contribución al desarrollo sostenible: el papel del comercio justo y de los sistemas no gubernamentales de garantía de la sostenibilidad comercial*, COM (2009) 215 final, de 5 de mayo de 2009, págs. 10 y 11. En la Guía *para tomar en consideración cuestiones sociales en la contratación pública*, se recoge expresamente que «Las entidades adjudicadoras pueden estipular qué etiquetas/certificaciones de comercio ético se consideran que satisfacen estos criterios, pero también deben siempre permitir otros medios de prueba. Los oferentes deben tener la posibilidad de demostrar el cumplimiento de los requisitos definidos mediante el uso de las etiquetas/certificaciones de comercio ético apropiados o a través de otros medios», pág. 32.

Ésta es además la postura adoptada por la Comisión para la interposición del recurso contra el Reino de los Países Bajos en el asunto C-368/10, ya que a juicio de la Comisión se han incumplido las obligaciones señaladas en la normativa contractual, habida cuenta de que el poder adjudicador, en el marco de la adjudicación de un contrato público para el suministro y el mantenimiento de máquinas expendedoras de café prescribió, en las especificaciones técnicas del contrato, la etiqueta Max Havelaar y EKO, o al menos etiquetas con exigencias comparables o idénticas.

4.2.2. En la fase de selección del contratista

Las condiciones de participación en los procedimientos de contratación se establecen bajo el epígrafe «criterios de selección cualitativa» que regulan los requisitos positivos que deben cumplir los candidatos y licitadores para llegar a ser contratista, a la vez que facultan a los poderes adjudicadores para impedir participar en un procedimiento de contratación pública a aquellos licitadores cuyas capacidades no sean suficientes para la ejecución del contrato. Es decir, determinan quién puede y quién no puede ser contratista en atención a la situación personal del candidato o licitador, a su capacidad económica y financiera, a sus conocimientos técnicos, a su experiencia, e incluso a su fiabilidad estableciendo los supuestos en los cuales se puede excluir de los procedimientos de adjudicación a determinados sujetos.

De esta manera, entre los supuestos que habilitan una prohibición de contratar, se encuentra recogida la posibilidad de excluir a un licitador o candidato que haya sido condenado por una sentencia con la fuerza de cosa juzgada por quebrantar la legislación nacional que prohíbe el trabajo clandestino, por incumplir las normas nacionales relacionadas con la salud y la seguridad en el lugar de trabajo o bien por infringir la normativa que prohíbe la discriminación por diversos motivos (origen racial, sexo, discapacidad, edad, sexo, creencia religiosa, etc.). Asimismo, y en la medida que el artículo 45.2 de la Directiva 2004/18/CE contempla la posibilidad de excluir de los procedimientos de contratación pública a aquellos licitadores o candidatos que hayan cometido una falta grave en materia profesional o que hubieran sido condenados por delitos relacionados con su moralidad profesional, quedan también comprendidos en la prohibición de contratar los supuestos de incumplimiento de las obligaciones sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios transnacional (considerando 34 Directiva 2004/18/CE), así como la contravención de

las disposiciones nacionales de aplicación de la normativa relativa a la igualdad de género y sobre igualdad en el empleo y la ocupación (considerando 43 Directiva 2004/18/CE), siempre que el incumplimiento de la legislación esté calificado como falta profesional grave en el Estado miembro que la tenga que aplicar[101].

4.2.3. En la fase de adjudicación contractual

Como hemos indicado con anterioridad, entre los criterios que pueden utilizarse como criterios de adjudicación para evaluar cuál es la oferta económicamente más ventajosa puede incluirse criterios de carácter social, siempre que éstos cumplan con los principios fundamentales de la normativa contractual, no confieran una libertad de elección ilimitada al poder adjudicador, se mencionen expresamente en el anuncio de licitación y en los pliegos de condiciones y, por último, estén vinculados al objeto del contrato[102].

Respecto de este último requisito, cabe indicarse que el *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente* (2011), se pregunta acerca de la posibilidad de flexibilizar, e incluso suprimir, la condición de que los requisitos impuestos por el poder adjudicador deban necesariamente estar vinculados al objeto del contrato, ya que entiende que la supresión de este requisito «permitiría a los poderes adjudicadores influir en el comportamiento de las empresas con independencia del producto o el servicio adquiridos»[103].

En nuestra opinión, sería posible suavizar las exigencias de vínculo con el objeto del contrato en aquellas fases contractuales en las que dicha relajación no produzca una distorsión de la competencia, por ejem-

---

101. Sobre la inclusión de cláusulas para fomentar la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres en los contratos públicos, puede consultarse ZAMBONINO PULITO, M., «La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la contratación de las Administraciones públicas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo», *RAP*, núm. 175, enero-abril, 2008, págs. 463-488 y MEDINA ARNÁIZ, T., «El papel de la Ley de Contratos del Sector Público en el cumplimiento de la normativa sobre igualdad de género», *Actualidad administrativa*, núm. 9, mayo 2009, págs. 1015-1033.
102. La forma en que deben aplicarse los criterios de adjudicación en virtud de la normativa de la UE ha quedado aclarada por el TJUE en varias de sus sentencias, en particular en la sentencia *Beentjes* y *Concordia Bus*, antes citadas, así como en la sentencia de 19 de junio de 2003, *GAT*, C-315/01, Rec. p. I-6351, que en su apartado 64 dispone que la elección de los criterios de adjudicación del contrato que sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa.
103. COM (2011) 15 final, de 25 de enero de 2011, págs. 42 a 44 (preguntas 79 a 82.4).

plo, permitiendo a los poderes adjudicadores imponer cláusulas de ejecución no estrictamente vinculados con el objeto contractual, o bien a través de un cuidadoso análisis de ponderación para cada caso concreto, puesto que de no ser así –y llevado al extremo– si disolviésemos por completo este vínculo en la fase de adjudicación del contrato pudiera resultar sacrificado el principio de eficiencia en los procedimientos de selección del contratista, ya que la competencia entre los licitadores no se basaría en el mejor producto o servicio, sino en razones de política corporativa[104].

4.2.4. En la fase de cumplimiento del contrato

La incorporación de aspectos sociales a la contratación pública como condiciones de ejecución contractual no alberga dudas puesto que se recoge expresamente en cuantos documentos de la Comisión Europea han abordado esta cuestión y se prevé en el artículo 26 Directiva 2004/18/CE y en el artículo 38 de la Directiva 2004/17/CE «siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio utilizado como medio de convocatoria de licitación o en el pliego de condiciones».

A tenor de lo dispuesto en estos artículos, los órganos de contratación cuentan con un amplio margen para determinar las obligaciones que pueden imponer al contratista durante la ejecución del contrato, aunque dichas posibilidades no resultan ilimitadas[105]. Los límites derivan de su adecuada publicidad en el anuncio de licitación o en el pliego y, también, de su compatibilidad con el Derecho de la UE. Por dicha razón, no pueden consistir en especificaciones técnicas encubiertas, ni deben referirse a la comprobación de la aptitud de los licitadores sobre la base de su solvencia económica, financiera y técnica, o a los criterios

104. Algunas de estas reflexiones son producto de las observaciones formuladas a este Libro Verde por parte de los miembros investigadores del Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación sobre «Nuevos escenarios de la contratación pública: Urbanismo, contratación electrónica y cooperación intersubjetiva» (Ref. DER JURI 2009-12116) dirigido por el profesor GIMENO FELIU y que se recogen en esta misma obra.

105. En el Libro Verde *La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro* (1996) y en la Comunicación *La contratación pública en la Unión Europea* (1998) señalaba que una de las posibilidades que pueden tener en consideración los órganos de contratación para perseguir objetivos sociales en sus contratos públicos es la de imponer como condición de ejecución el respeto a ciertas obligaciones de carácter social, encaminadas, por ejemplo, a fomentar el empleo de las mujeres o a favorecer la protección de determinadas categorías de trabajadores desfavorecidos.

de adjudicación[106]. En este sentido, las condiciones de ejecución contractual son independientes de la evaluación de la capacidad de los licitadores y también de los criterios de adjudicación. Esa independencia es la que origina que los aspectos sociales en esta fase de ejecución contractual no tengan porqué tener una relación directa con el objeto del contrato porque si tuviesen vinculación con el objeto contractual hubieran servido de base para determinar la oferta económicamente más ventajosa a efectos de la adjudicación del contrato; es decir, serían consideradas criterios de adjudicación y no criterios de ejecución[107].

Además, y según señala la jurisprudencia del TJUE, la compatibilidad de estas cláusulas con el Derecho de la Unión exige que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen, y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo en atención al principio de proporcionalidad[108].

Así concebida, la cláusula de ejecución contractual es una obligación que, al formar parte del contrato, debe ser cumplida por quien resulte adjudicatario del contrato, y no por el licitador o candidato, si bien en el momento de presentación de las ofertas se puede exigir en el pliego de cláusulas administrativas particulares el compromiso del licitador de adscribir a la ejecución del contrato, en caso de resultar adjudicatario, los medios personales y materiales que se consideren suficientes para cumplir con los requerimientos sociales de dicho contrato. Aquel licitador que no se comprometiese con dicha obligación tendría que ser excluido del procedimiento de adjudicación por incumplimiento

106. Véase lo dicho en la Comunicación interpretativa sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, COM (2001) 566 final, pág. 17 con cita expresa en el apartado 28 de la STJCE Beentjes que señalaba que las «condiciones de emplear a trabajadores en paro prolongado, debe señalarse que tal requisito no guarda relación ni con la verificación de la aptitud de los contratistas por su capacidad económica, financiera y técnica, ni con los criterios de adjudicación del contrato».

107. En contra de esta opinión se muestran LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, M. y MESTRE DELGADO, J. F., *Contratos Públicos: Análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, Cátedra Jurídica del Centro PWC & IE del Sector Público, Madrid, 2006, pág. 87, para quienes no basta para que estas condiciones de ejecución resulten compatibles con el Derecho de la UE «sino que resulta necesario, en primer lugar y de forma prevalente, que las mismas estén vinculadas al objeto del contrato pues, de otro modo, se desvirtuaría el objetivo primordial de la contratación pública».

108. STJCE de 27 de octubre de 2005, *Contse SA*, C-234/03, Rec. pág. I-9315, apartado 25 y de 26 de enero de 2006, *Comisión/España*, C-514/03, Rec. pág. I-963, apartado 26.

de los requisitos establecidos en el pliego de condiciones, ya que los órganos de contratación se encuentran obligados a rechazar aquellas ofertas que no se ajusten al pliego de condiciones, pues de lo contrario quebrantarían el principio de igualdad de trato de los licitadores[109].

Entre los ejemplos que ilustran las posibilidades que tienen los órganos de contratación para incorporar aspectos sociales como obligaciones contractuales se encuentran, a título orientativo, los siguientes: promover el empleo de determinados colectivos que encuentran especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, las medidas tendentes a promover la igualdad de género, las acciones que faciliten la conciliación de la vida laboral y familiar, aquéllas por las cuales se organizan actividades de formación para los jóvenes o desempleados, o bien las que imponen ciertas condiciones laborales. Se puede, por ejemplo, incorporar en las condiciones de cumplimiento del contrato cláusulas que exijan al proveedor pagar a los productores un precio justo que les permita cubrir sus costes de producción, salarios y condiciones dignas para los trabajadores involucrados, métodos de producción sostenibles o condiciones laborales respetuosas con los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), previéndose la posibilidad de poder exigir a las empresas un compromiso con los derechos laborales a lo largo de la cadena de producción que sea verificable a través de una certificación social o una auditoría externa independiente[110].

Todas estas obligaciones sociales de ejecución contractual merecen una valoración positiva, aunque no puede obviarse las dificultades prácticas que conlleva la imposición de las medidas que tratan de garantizar su efectivo cumplimiento. Estas dificultades derivan, en primer lugar,

109. Véase la STJCE de 22 de junio de 1993, *Comisión/Dinamarca*, conocida por *Storebaelt*, C-243/89, Rec. p. I-3353.

110. Por ejemplo, en el parágrafo 84 de la Ley Federal de adjudicación de contratos públicos adoptada en Austria en 2006 (*Bundesvergabegesetz* 2006 BVergG) menciona expresamente varios convenios de la OIT, y dispone que en el proceso de licitación se debe respetar las normas establecidas en los mencionados instrumentos. Los convenios de la OIT considerados son los siguientes: Convenio sobre el trabajo forzoso (núm. 29); Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (núm. 87); Convenio relativo a las cláusulas de trabajo en los contratos celebrados por las autoridades públicas (núm. 94); Convenio sobre la protección del salario (núm. 95); Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (núm. 98); Convenio sobre igualdad de remuneración (núm. 100); Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso (núm. 105); Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) (núm. 111); Convenio sobre la edad mínima (núm. 138); Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil (núm. 182); Convenio sobre la protección de la maternidad (núm. 183).

de que es necesaria la instrumentación de un expediente contradictorio para acreditar el efectivo incumplimiento contractual por parte del contratista, y después de demostrarse la quiebra del compromiso contractual, se debe completar, dependiendo de los supuestos, bien con el procedimiento para la imposición de penalidades o bien con un procedimiento para la resolución contractual[111].

4.2.5. Las reservas sociales de contratos

El último de los supuestos relacionados con los aspectos sociales en la contratación pública se refiere a una de las cuestiones que tradicionalmente ha sido más demandada por distintas organizaciones sociales, cual es la creación de «mercados reservados» en el marco de programas de empleo protegido que posibilitan que determinadas entidades compitan entre ellas en el acceso a determinados contratos, pero alejadas del mercado ordinario sometido a un régimen de libre concurrencia[112].

Así, el artículo 19 de la Directiva 2004/18/CE y el artículo 28 de la Directiva 2004/17/CE establecen que «los Estados miembros podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. La presente disposición deberá mencionarse en el anuncio de licitación».

Estos artículos posibilitan que los Estados miembros, al transponer estos artículos a su legislación nacional, contemplen como una medida de acción positiva la reserva en la participación o en la ejecución de

111. En el artículo 102.2 LCSP se prevé que, cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos de iniciar un procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar con las Administraciones públicas [artículo 49.2e) LCSP].

112. El Comité de las Regiones en su Dictamen de 18 de junio de 2008, sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral, manifestaba su parecer acerca de que las empresas de empleo protegido «no deberían ser evaluadas según las normas sobre competencia habituales en el mercado europeo (por ejemplo, se necesitan normas menos rígidas para la contratación pública)» (DOUE C 257, de 9 de octubre de 2008, pág. 5). Sobre esta materia, resulta de interés, VALLECILLO GÁMEZ, Mª R. y MOLINA NAVARRETE, C., *Empresas de inserción y mercados de trabajo inclusivos (…), op. cit.,* especialmente sus págs. 276 a 308 dedicadas a las cláusulas sociales en los contratos y mercados tutelados: compra pública socialmente responsable.

contratos públicos a favor de centros de trabajo protegido para trabajadores con discapacidad. No se limita –lo cual resulta de capital importancia– a los contratos no regulados en las Directivas de la UE por razón de su cuantía[113], ni se excluye de la aplicación del Derecho de la Unión, pues en todo caso, recordemos que han de respetarse las libertades y principios fundamentales de los Tratados y los principios generales de la contratación pública, en especial los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación, y por ello se impone la obligación de mencionar en el anuncio de licitación que se trata de un contrato reservado. También merece destacarse que no se trata de una adjudicación directa a un centro de empleo protegido concreto, sino de posibilitar que la adjudicación o la ejecución de un contrato público sólo se puedan llevar a cabo en el marco de dicho programa de empleo protegido[114].

4.3. LA APUESTA POR UNA COMPRA PÚBLICA INNOVADORA Y PRECOMERCIAL

Otro de los pilares fundamentales en la *Estrategia 2020* de la UE es el fomento de la innovación y la búsqueda de una mejora en la competitividad de las empresas como elementos necesarios para incentivar la capacidad de la industria europea y reorientar el modelo productivo hacia sectores más vinculados al desarrollo de actividades de investigación científica[115]. En este mismo sentido, la innovación y la investigación

113. Recordemos que las Directivas de la UE sobre contratación pública sólo se aplican a determinados contratos públicos por razón de su objeto (obras, servicios y suministro) y siempre que su importe sea igual o superior a ciertos umbrales económicos que, en el momento actual, fueron aprobados por el Reglamento (CE) 1177/2009, de la Comisión, de 30 de noviembre de 2009. En la *Comunicación sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, COM (2001) 566 final, pág. 18, en su apartado referido a los contratos públicos no regulados por las Directivas, manifiesta que «podrán admitirse las prácticas consistentes en reservar contratos en favor de ciertas categorías de personas, por ejemplo, los discapacitados (talleres protegidos) o los desempleados. No obstante, estas prácticas no deberán suponer una discriminación directa o indirecta contra los proveedores de los demás Estados miembros».

114. Como manifestaba la STSJ de Murcia, de 31 de marzo de 2003 (JUR 2003, 124234) en su fundamento jurídico cuarto «en realidad lo que ocurre es que hay un criterio objetivo de valoración consistente, precisamente, en que la oferta sea presentada por un Centro Especial de Empleo. Circunstancia que no resta objetividad a aquéllos criterios, ni están probadas las pretendidas maniobras para favorecer la adjudicación».

115. En el Libro Verde *Del reto a la oportunidad: hacia un marco estratégico común para la financiación de la investigación y la innovación por la UE*, COM (2011) 48 final, de 15 de febrero de 2011, se indica que el logro de los objetivos ampliamente respaldados de crecimiento inteligente, sostenible e integrador fijados en Europa 2020 depende

fueron también temas centrales en la *Estrategia de Lisboa* (2000) y, desde las primeras decisiones adoptadas en materia de desarrollo sostenible, se puso de manifiesto la importancia que tenía el uso de tecnologías innovadoras para favorecer la consecución de objetivos beneficiosos para el medio ambiente como, por ejemplo, evitar o reducir la degradación medioambiental, desarrollar energías alternativas, reducir las emisiones contaminantes o lograr una mayor eficiencia energética de los productos y servicios, a través de la conocida como ecoinnovación[116].

A fin de impulsar los esfuerzos en I+D e innovación, la iniciativa emblemática *«Unión por la Innovación»* fija el objetivo de ampliar el gasto en investigación y desarrollo en Europa hasta el 3% del PIB[117] y para conseguirlo aboga por un enfoque estratégico e integrado proponiendo, entre otras medidas, la utilización del poder de compra del sector público para espolear la innovación, incluida la de tipo precomercial[118]. Con anterioridad, la Comisión ya había formulado distintas iniciativas para fomentar la innovación y la competitividad desde la contratación pública, entre otras, en su Comunicación *Poner en práctica el conocimiento: una estrategia amplia de innovación para la UE* donde destacaba la importancia de la contratación pública para reforzar la capacidad innovadora de la Unión[119] y en el documento de trabajo *Guía sobre cómo abordar las soluciones innovadoras en la contratación pública: Diez elementos de buenas prácticas*[120].

---

de la investigación y la innovación, que constituyen los motores fundamentales de la prosperidad social y económica, así como de la sostenibilidad del medio ambiente.

116. Según manifiesta el Informe sobre el *Plan de Actuación a favor de las Tecnologías Ambientales* (2005-2006), COM (2007) 162 final de 2 de mayo de 2007, pág. 3, por ecoinnovación se entiende cualquier innovación que sea beneficiosa para el medio ambiente, sea ésta tecnológica, de procesos o empresarial. *http://ec.europa.eu/environment/eco-innovation/index_en.htm* [Fecha de consulta: 30 de junio de 2011].
117. Según datos de Zagamé, P., *The cost of a non-innovative Europe: the challenges ahead*, 2010 y que se encuentran recogidos en la Iniciativa *Unión por la innovación* COM (2010) 546 final, de 6 de octubre de 2010 y en *Europe 2020 Flagship Initiative Innovation Union*, SEC (2010) 1161 «si de aquí a 2020 se alcanzara el objetivo de gastar en I+D un 3% del PIB se podrían crear 3,7 millones de puestos de trabajo». *http://ec.europa.eu/research/social-sciences/pdf/demeter-costs-non-innovative-europe_en.pdf* [Fecha de consulta: 30 de junio 2011].
118. Comunicación *Iniciativa emblemática de Europa 2020 Unión por la innovación*, COM (2010) 546 final, de 6 de octubre de 2010, pág. 18.
119. COM (2006) 502 final, de 13 de septiembre de 2006, pág. 12.
120. *Guide on dealing with innovative solutions in public procurement*, SEC (2007) 280. Esta guía –de la que no existe versión española– trata de la penetración en el sector público de productos, obras y servicios innovadores comercialmente disponibles y propone diez buenas prácticas para promover el potencial de la contratación pública como estímulo de la innovación. Resulta de interés la consulta de:

En línea con lo establecido en estos documentos y en el Informe Aho del Grupo de expertos independientes sobre investigación, desarrollo e innovación *Creación de una Europa innovadora*[121], la contratación pública puede resultar un instrumento estratégico para impulsar la innovación a través de dos tipos de medidas: mediante un incremento en la demanda de productos y servicios innovadores, y a través de la llamada «contratación precomercial».

4.3.1. Compra pública innovadora

La primera de estas medidas se refiere a la dinamización de la innovación a través de la demanda pública, es decir, creando un mercado para productos y servicios innovadores por el efecto de tracción que tienen los elevados porcentajes de gasto en contratación pública. De esta manera, una mayor demanda de productos innovadores por parte de las autoridades públicas estimularía la inversión privada en investigación e innovación y facilitará el proceso de transferencia de tecnología entre el mundo académico y la industria.

En este sentido, la normativa sobre contratación pública ofrece distintas posibilidades que favorecen una compra pública innovadora, si bien no todas ellas resultan igualmente efectivas. La primera de ellas, y también la más común, es la de adjudicar los contratos sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa. Esta opción permite a los poderes adjudicadores tomar en consideración diversos elementos en relación con el objeto del contrato, tales como la calidad, los costes de utilización o la rentabilidad del producto o servicio. Con ello se podría incentivar a los operadores económicos a ofrecer un valor añadido a sus bienes y servicios basados en el desarrollo de productos innovadores y sostenibles e integrando, de esta manera, la idea de «mejor oferta innovadora» en las licitaciones públicas.

Otra posibilidad es la utilización del procedimiento del diálogo competitivo en base al cual los poderes adjudicadores podrán entablar un diálogo con las empresas licitadoras para desarrollar una o varias soluciones innovadoras susceptibles de satisfacer sus necesidades; no

---

http://ec.europa.eu/invest-in-research/policy/pub_procurement_en.htm [Fecha de consulta: 30 de junio 2011].

121. Se trata del Informe de 20 de enero de 2006 del Grupo de Expertos Independientes sobre I+D e Innovación constituido a raíz de la Cumbre de Hampton Court, de 27 de octubre de 2005 y conocido como Informe Aho por el nombre del presidente de dicho Grupo –Esko Aho– antiguo Primer ministro finlandés. Se puede consultar en: *http://ec.europa.eu/invest-in-research/action/2006_ahogroup_en.htm*

obstante, la práctica ha demostrado que en este procedimiento los licitadores, en ocasiones, se sienten tentados a viciar la utilización de este procedimiento para no respetar los derechos de propiedad intelectual, ni la protección de dichas ideas innovadoras[122]. Para salvar este obstáculo, se podrían establecer condiciones que permitieran la transferencia de los derechos de propiedad intelectual a los licitadores.

Una tercera y cuarta posibilidad se presenta al determinar, por parte del órgano de contratación, las condiciones que van a regir un acuerdo marco[123] o los aspectos que serán objeto de negociación en un procedimiento negociado. Y es que, recordemos que uno de los elementos que diferencian el procedimiento negociado respecto de los procedimientos abierto y restringido es que mientras que en estos últimos no existe posibilidad de entrar en negociación sobre la propuesta presentada por cada licitador, en el procedimiento negociado se exige que previamente se haya señalado cuál va a ser el objeto de la negociación. Esa negociación pudiera versar sobre los aspectos innovadores del contrato[124].

Una quinta opción consiste en permitir a los licitadores la presentación de variantes o mejoras que formulen propuestas más innovadoras a la oferta. En este sentido, los artículos 24 de la Directiva 2004/18/CE y 36 de la Directiva 2004/17/CE establecen las reglas aplicables a la presentación de variantes por los licitadores cuando el criterio de adjudicación contractual es el de la oferta económicamente más ventajosa. Así, para que el órgano de contratación pueda valorar estas variantes se deben cumplir una serie de requisitos que eviten la quiebra del principio de igualdad de trato de los licitadores. En primer lugar, la toma en consideración de las variantes se supedita a que en el pliego de condiciones se prevea expresamente tal posibilidad, lo cual se completa con la obligación para el órgano de contratación de indicar en el anuncio de licitación sobre qué elementos admite las variantes y en qué condiciones

122. Así se manifiesta el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Comunicación de la Comisión *Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)*, COM (2009) 615 final, de 19 de noviembre (DOUE C 51, de 17 de febrero de 2011).

123. Según el artículo 1.5 de la Directiva 2004/18/CE «Un "acuerdo marco" es un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas».

124. En este sentido merece destacarse el Informe 48/09, de 1 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda.

queda autorizada su presentación[125]. En este caso, se trata de orientar las compras del sector público no sólo al cumplimento de sus fines, sino al fomento del desarrollo tecnológico de las empresas, incentivando la presentación de propuestas innovadoras.

4.3.2. Compra pública precomercial

Otra de las medidas para activar la innovación en la contratación pública es a través de la «contratación precomercial», entendida ésta como perteneciente a la fase de investigación y desarrollo (I+D) previa a la comercialización y que cubre actividades como la exploración de soluciones que son propias de las fases de diseño, creación de prototipo, productos de prueba y preproducción, deteniéndose antes de la producción comercial y venta[126].

Otra característica propia de la contratación precomercial es el reparto de riesgos y beneficios según las condiciones de mercado, ya que el comprador público no se reserva los resultados de la I+D para su uso en exclusiva, sino que comparte con las empresas los riesgos y los beneficios de la I+D necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las que hay disponibles en el mercado. En este caso, es decir, cuando la entidad del sector público efectúa el reparto de riesgos y beneficios a precios de mercado, los servicios de I+D pueden prestarse sin someterse a la normativa contractual en virtud de una de las exclusiones recogidas en las Directivas de la UE sobre contratación pública. Concretamente se trata del artículo 16.f) de la Directiva 2004/18/CE por el cual «La presente Directiva no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios: (…) f) relativos a servicios de investigación y de desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente

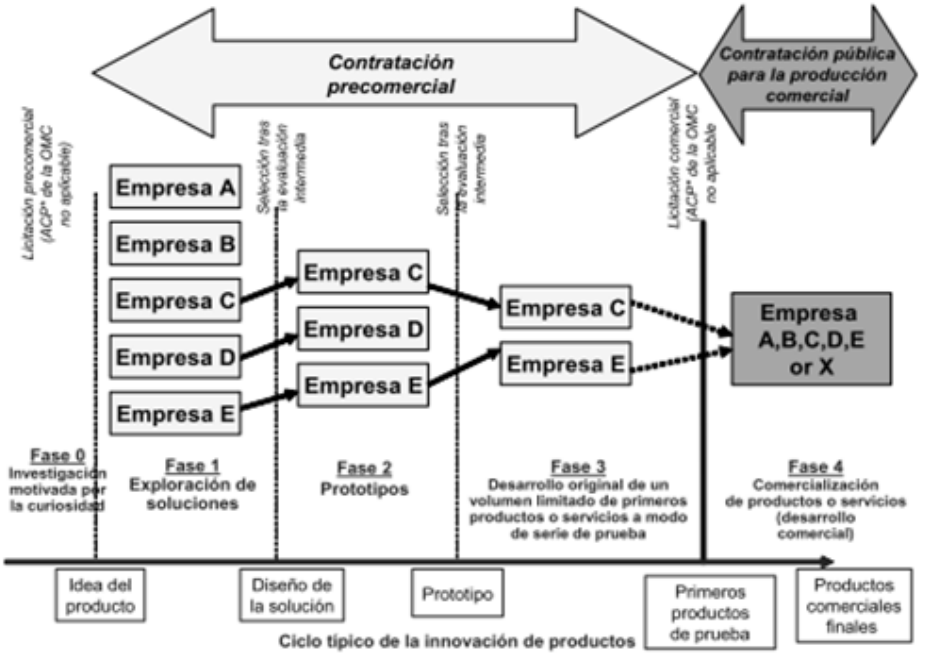
125. STJCE de 16 de octubre de 2003, *Traunfellner GmbH*, C-421/01, Rec. pág. I-11941, apartado 29 «la mera mención en el pliego de condiciones permite que los licitadores estén informados de la misma manera acerca de los requisitos mínimos que deben cumplir sus variantes para que la entidad adjudicadora pueda tomarlas en consideración. De hecho, es una obligación de transparencia cuyo objetivo consiste en garantizar el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores al que debe atenerse todo procedimiento de adjudicación de contratos públicos».

126. Sobre la contratación precomercial resulta de interés la Comunicación de la Comisión *La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles*, COM (2007) 799, de 14 de diciembre de 2007 y la Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de febrero de 2009 (2008/2139) (INI), publicada en el DOUE C 67E, de 18 de marzo de 2010. Acerca de su incidencia en la legislación española, CORTÉS MORENO, Á., «La contratación precomercial y la Ley de Contratos del Sector Público. Su reflejo en la Ley de Economía Sostenible», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 9, 2011, págs. 1109-1119.

al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que el poder adjudicador remunere totalmente la prestación del servicio» y del artículo 24.e) de la Directiva 2004/17/CE que señala que «La presente Directiva no se aplicará a los contratos de servicios: […] e) referentes a los servicios de investigación y de desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente a la entidad adjudicadora para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que la entidad adjudicadora remunere totalmente la prestación del servicio»[127].

127. A este respecto, ha de señalarse que la «contratación precomercial» se incorpora a la legislación contractual española a través de la reforma de la LCSP por parte de la LES. Así, el artículo 38 LES persigue fomentar la contratación pública de actividades innovadoras mediante contratos de investigación y desarrollo. Estos contratos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP al incorporarse a la Ley de Contratos un nuevo supuesto al artículo 4.1 –concretamente la letra r)–. Esta reforma de la LCSP se concreta en la Disposición final decimosexta LES que amplía el elenco de estos negocios al señalar que están excluidos de la aplicación de la LCSP «Los contratos de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que éste comparta con las empresas adjudicatarias los riesgos y los beneficios de la investigación científica y técnica necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado. En la adjudicación de estos contratos deberá asegurarse el respeto a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y de elección de la oferta económicamente más ventajosa». Asimismo, en nuestro derecho, la promoción de la innovación desde la contratación pública además de tener encaje en la LES, tiene reconocimiento en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación y en la Estrategia Estatal de Innovación (e2i) 2010. Véase, MEDINA ARNÁIZ, T., «Las principales novedades en la normativa contractual (…)», *op. cit*. (en prensa).

Gráfico 1. Ilustración de un proceso de contratación precomercial en fases



Fuente: Comunicación de la Comisión *La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles*, COM (2007) 799, de 14 de diciembre de 2007.

Como una de las medidas para favorecer el acceso de las pequeñas y medianas empresas (PYME) a la contratación pública, esta contratación precomercial pudiera reservarse a pyme innovadoras[128]. De esta forma, y aunque en la fase precomercial no sería de aplicación la normativa contractual, mostrarían a los poderes adjudicadores su potencial en cuanto a su capacidad para crear empleo, crecimiento e innovación y con ello quizá pudieran vencer su inercia de contratar con grandes empresas. Y es que, en la Comunicación *Pensar primero a pequeña escala. «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas*, ya se ponía de manifiesto que las pyme encuentran obstáculos

128. Véase el *Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos*, SEC (2008) 2193, de 25 de junio de 2008. También puede consultarse *http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/public-procurement/index_en.htm*

cuando participan en licitaciones públicas «porque los poderes públicos pueden considerar más cómodo adjudicar determinados contratos a grandes empresas con experiencia en vez de a jóvenes empresas innovadoras»[129].

5. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO-ALEGRE, G., *Manual de contratación pública socialmente responsable en relación con las personas con discapacidad*, Cermi-Cinca, Madrid, 2009.

ARNOULD, J., «Secondary Policies in Public Procurement: The Innovations of the New Directives», *PPLR*, vol. 13, (4) 2004, págs. 187-197.

ARROWSMITH, S., «Public procurement as an instrument of policy and the impact of market liberalisation», *Law Quarterly Review*, núm. 111, April 1995, págs. 235-284.

– *The Law of public and utilities procurement*, 2ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2005.

– «Horizontal Policies in Public Procurement: A Taxonomy», *Journal of Public Procurement*, vol. 10, (2) 2010, págs. 149-186.

ARROWSMITH, S. LINARELLI, J. y WALLACE, D., *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, Kluwer Law International, The Hague, 2000.

ARROWSMITH, S. y KUNZLIK, P., *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

BLÁNQUEZ ROMAN, J. A., «Modificaciones a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público introducidas por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 108, mayo 2011.

BERNAL BLAY, M. Á., «Hacia una contratación pública socialmente responsable: Las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monográfico X sobre el Derecho de los contratos del Sector Público, 2008, págs. 211-252.

BOLTON, P., «The Use of Government Procurement as an Instrument of Policy», *South African Law Journal*, vol. 121, 2004, págs. 619-635.

129. COM (2008) 394 final, de 25 de junio de 2008, pág. 12.

– «Protecting the environment through public procurement: The case of South Africa», *Natural Resources Forum*, vol. 32, 1 2008, págs. 1-10.

CARANTA, R., «Sustainable Public Procurement in the EU», en la obra colectiva *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, Djøf Publishing, Copenhague, 2010, págs. 15-51.

CARANTA, R. y TRYBUS, M., *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, Djøf Publishing, Copenhague, 2010.

CHARRO, P., «Case C-513/99, Concordia Bus Finland», *Common Market Law Review*, vol. 40 (1), 2003, págs. 179-191.

CORTÉS MORENO, Á., «La contratación precomercial y la Ley de Contratos del Sector Público. Su reflejo en la Ley de Economía Sostenible», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 9, 2011, págs. 1109-1119.

ESTIVILL PASCUAL, J., *Panorama de la lucha contra la exclusión social. Conceptos y estrategias*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «El régimen de la incorporación de criterios ambientales en la contratación del sector público: su plasmación en las nuevas Leyes sobre contratación pública de 2007», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 80, noviembre 2008.

– «La integración de aspectos medioambientales en la contratación pública», en la obra colectiva *Derecho ambiental y transformaciones de la actividad de las Administraciones públicas*, Atelier, Barcelona, 2010, págs. 123-159.

FERNÁNDEZ MARTÍN, J. Mª, *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

GIMENO FELIU, J. M., «Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales», en la obra colectiva *Contratación de las Administraciones públicas. Análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, págs. 61-94.

– *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.

– *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.

GONZÁLEZ GARCÍA, J., «Sustainability and Public Procurement in the Spa-

nish Legal System», en la obra colectiva *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, Djøf Publishing, Copenhague, 2010, págs. 235-257.

– *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, Marcial Pons-CEDIT, Madrid, 2010.

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., «¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?», *Justicia Administrativa*, núm. 20, julio 2003, págs. 27-67.

HARTNELL, H. E., «Public procurement and the fight against gender discrimination in The United States» *7th Congress of the European Women Lawyers' Association (EWLA)*, Zürich (Suiza), 11-12 mayo 2007.

KUNZLIK, P., «The procurement of "green" energy», en la obra colectiva *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, págs. 369-407.

LESMES ZABALEGUI, S., *Guía de Contratación Pública Sostenible. Incorporación de criterios sociales*, Fundación Centro de Recursos ambientales de Navarra, 2008.

LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, M. y MESTRE DELGADO, J. F., *Contratos Públicos: Análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, Cátedra Jurídica del Centro PWC & IE del Sector Público, Madrid, 2006.

MARTÍNEZ PALLARÉS, P. L., «El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos. En especial la inclusión de criterios medioambientales. (Comentario sobre la sentencia del TJCE de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99, Concordia Bus Finland)», en la obra colectiva *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, págs. 161-170.

MCCRUDDEN, C., «Using public procurement to achieve social outcomes», *Natural Resources Forum*, vol. 28 (4), 2004, págs. 257-267.

– *Responsabilidad empresarial y contratación en el sector público*, Forética, IX Cuaderno Forética, 2007.

– *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement and Legal Change*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

MEDINA ARNÁIZ, T., «El papel de la Ley de Contratos del Sector Público

en el cumplimiento de la normativa sobre igualdad de género», *Actualidad administrativa*, núm. 9, mayo 2009, págs. 1015-1033.

– «Social Considerations in Spanish Public Procurement Law», *Public Procurement Law Review*, vol. 20 (2), 2011, págs. 56-79.

– «Las principales novedades en la normativa contractual del sector público en la LES», en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Economía Sostenible*, La Ley-Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2011 (en prensa).

MESTRE DELGADO, J. F., «Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental», *REAL*, núm. 291, enero-abril 2003, págs. 705-730.

MOLINA NAVARRETE, C., «Relaciones laborales, política de empleo y compra pública socialmente responsable: las cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 302, 2008, págs. 3-64.

MORENO MOLINA, J. A., *Los principios generales de la contratación de las Administraciones públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006.

MORENO MOLINA, J. A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, 2ª ed., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009.

MORIÑA DÍEZ, A., *La exclusión social: análisis y propuestas para su prevención*, Estudios de Progreso. Fundación Alternativas, Documento de trabajo 26/2007, Madrid, 2007.

NIJHOLT, H., «Environmental Provisions in Public Procurement Directive 2004/18/EC», *International Construction Law Review*, vol. 21 (3), 2004, págs. 268-290.

OLLER RUBERT, M., «La inclusión de cláusulas ambientales en la contratación pública», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, núm. 1, (1) 2010, págs. 1-34.

PALMUJOKI, A. PARIKKA-ALHOLA, K. y EKROOS, A., «Green public procurement: Analysis on the use of environmental criteria in contracts», *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 19 (2), 2010, págs. 250-262.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Trabajo y exclusión social en el nuevo sistema de contratación del sector público», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núms. 305-306, 2008, págs. 3-64.

– *Cláusulas Sociales y Licitación Pública: Análisis jurídico*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009.

SANZ LARRUGA, F. J., «Sostenibilidad ambiental y Derecho Administrativo: ¿nuevo remedio ante la crisis económica o una exigencia constitucional? A propósito de la nueva Ley de Economía Sostenible», Comunicación presentada al *VI Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo*, celebrado en Palma de Mallorca, los días 11 y 12 de febrero de 2011 y publicada en *Actualidad Jurídica Ambiental*.

SCHOONER, S. L., «Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law», *Public Procurement Law Review*, vol. 11 (2), 2002, págs. 103-110.

SUBIRATS, J. D., *Pobreza y exclusión social. Un análisis de la realidad española y europea*, Fundación La Caixa, Barcelona, 2004.

TOBLER, C., «Encore: "Women's clauses" in public procurement under community law», *European Law Review*, vol. 25 (6), 2000, págs. 618-631.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «Un paso de gigante hacia una contratación pública ambientalmente sostenible: La obligación de comprar vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes», *Contratación Administrativa Práctica*, 2011.

– «Impulso decisivo en la consolidación de una contratación pública responsable. Contratos verdes: de la posibilidad a la obligación», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 2011.

VALLECILLO GÁMEZ, M. R. y MOLINA NAVARRETE, C., «Regulación de la empresas de inserción: marco normativo y análisis económico. (Comentario de la Ley 44/2007, de 14 de diciembre)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social del CEF*, núm. 298, enero 2008, págs. 115-178.

VILLALBA PÉREZ, F., «La dimensión social de la contratación pública. El sector de la discapacidad en la Ley de Contratos del Sector Público», en la obra colectiva *Administración Local. Estudios en homenaje a Ángel Ballesteros*, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Las Rozas (Madrid) 2011, págs. 219-262.

ZAMBONINO PULITO, M., «La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la contratación de las Administraciones públicas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo», *RAP*, núm. 175, enero-abril 2008, págs. 463-488.

II. NOVEDADES EN LA LEGISLACIÓN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Capítulo 3

Las últimas reformas legislativas en materia de contratos públicos y el futuro próximo. Crónica de una avalancha normativa

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: 1. LAS CONSTANTES REFORMAS DEL DERECHO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DESDE LA APROBACIÓN DE LA LCSP Y LA INSEGURIDAD JURÍDICA RESULTANTE. 2. LAS REFORMAS DE LA LCSP ADOPTADAS COMO MEDIDAS PARA LUCHAR CONTRA LA CRISIS ECONÓMICA: LOS FONDOS ESTATALES DE INVERSIÓN LOCAL Y PARA EL EMPLEO Y LA SOSTENIBILIDAD LOCAL, LOS DECRETOS-LEYES 5, 6 Y 8/2010 Y LA LEY 15/2010, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 3/2004, DE 29 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD EN LAS OPERACIONES COMERCIALES. 3. LA LEY 34/2010 Y SU OBJETIVO DE INCORPORACIÓN DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS EN MATERIA DE RECURSOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. 4. LA CREACIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES Y DE TRIBUNALES AUTONÓMICOS PARA LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN. 5. LAS PRINCIPALES REFORMAS INTRODUCIDAS EN LA LCSP POR LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE.

1. LAS CONSTANTES REFORMAS DEL DERECHO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DESDE LA APROBACIÓN DE LA LCSP Y LA INSEGURIDAD JURÍDICA RESULTANTE

La reciente aprobación y entrada en vigor de la dos leyes estructurales básicas reguladoras de la contratación pública en España[1], la Ley

1. Véase CARLÓN RUIZ, M., «La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su carácter estructurante del ordenamiento jurídico», en AAVV, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (dirección GÓMEZ-FERRER MORANT), Civitas, Madrid, 2004.

30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y la Ley 31/2007, de 30 de octubre, de Contratos en los sectores especiales (agua, energía, transportes y servicios postales), no ha dotado a este decisivo sector del ordenamiento jurídico[2] de una estabilidad y seguridad jurídica que necesitaba de forma imperiosa[3]. Muy al contrario, las deficiencias de la LCSP[4] y su falta de desarrollo reglamentario general, las insuficiencias de la trasposición del Derecho de la Unión Europea en la materia[5], unidas a las nuevas exigencias comunitarias[6] y a las medidas adoptadas para reaccionar frente a la crisis económica, han dado lugar a numerosas reformas de la legislación básica de contratos, aprobadas a través de las más diversas e inapropiadas normas.

La desmedida proliferación normativa en el sector[7] ha ocasionado unas notables dificultades a todos los operadores jurídicos y económicos de los contratos públicos.

Desde la entrada en vigor del Real Decreto 817/2009, de 8 de

2. La contratación pública ha adquirido en los Estados del siglo XXI una gran importancia política, social y económica. Según datos de la Comisión Europea, los contratos de las Administraciones públicas suponen más del 19% del Producto Interior Bruto comunitario (la importancia de los contratos públicos por Estados miembros es muy variable: desde el 11.1% del PIB de Grecia, al 18.5% de España, 19.3% de Francia o 30.9% que significan en Holanda.
   Véase el documento «Public Procurement Indicators 2009», Comisión Europea (DG Mercado Interior), 11 de noviembre de 2010, *http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2009_en.pdf* (fecha de consulta 25 de febrero de 2011).
3. Véase Del Saz, S., «La nueva Ley de Contratos del Sector Público: un nuevo traje con las mismas rayas», *RAP* 174 (2007).
4. Véase Gimeno Feliu, J. M., Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, Civitas, Pamplona, 2010 y «La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública», REDA 147 (2010), págs. 518 y ss.
5. Moreno Molina, «La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público», *El Derecho de los Contratos del Sector Público*, monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública (Gimeno Feliu, J. M., ed.), 2008, págs. 49 a 86.
6. Entre ellas, cabe destacar la aprobación de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, en materia de recursos; la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en lo que se refiere a las modificaciones de los contratos; y la actualización de las cuantías recogidas de la Directiva 2004/18/CE llevada a cabo por el Reglamento (CE) nº 1422/2007 de la Comisión, de 4 de diciembre de 2007 y por el Reglamento 1177/2009, de 30 de noviembre de 2009.
7. Pocos ámbitos como el de la contratación pública ejemplifican la legislación «motorizada» (García de Enterría, E.: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas,* Civitas, Madrid, 1999, p. 48) característica de los ordenamientos jurídicos contemporáneos y especialmente de España en los últimos decenios.

mayo[8], de desarrollo parcial de la LCSP, resulta necesario aplicar en la materia, junto a la LCSP, los preceptos vigentes del RDLeg 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y las normas reglamentarias anteriores y posteriores al mismo (esto es, el RD 1098/2001 y el RD 817/2009, que ha sido reformado recientemente por el RD 300/2011, de 4 de marzo). Esto es, siguen vigentes normas reglamentarias que desarrollan dos marcos legales diferentes. La seguridad jurídica se ve notablemente dañada con ello. El Dictamen del Consejo de Estado 470/2009, de 23 de abril de 2009, se mostró muy crítico con una «reglamentación fragmentaria y a retazos, acuciada por la urgencia, con resultados carentes de visión sistemática de conjunto» y advirtió que la aprobación del RD 817/2009 «reabre una situación de dispersión normativa en la regulación reglamentaria de los contratos del sector público y no contribuye a reforzar la seguridad jurídica, al subsistir la vigencia de normas anteriores a la nueva regulación legal de la contratación pública (singularmente el Reglamento de 2001)»[9].

2. LAS REFORMAS DE LA LCSP ADOPTADAS COMO MEDIDAS PARA LUCHAR CONTRA LA CRISIS ECONÓMICA: LOS FONDOS ESTATALES DE INVERSIÓN LOCAL Y PARA EL EMPLEO Y LA SOSTENIBILIDAD LOCAL, LOS DECRETOS-LEYES 5, 6 Y 8/2010 Y LA LEY 15/2010, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 3/2004, DE 29 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD EN LAS OPERACIONES COMERCIALES

Son muchas las reformas que en los últimos meses ha sufrido la LCSP como consecuencia de medidas adoptadas con el objetivo de luchar contra la crisis económica.

En efecto, al poco de su entrada en vigor la LCSP se vio afectada por el Real Decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crean

8. Que se produjo el 16 de junio de 2009, al mes de la publicación en el BOE del RD 817/2009.
9. La situación actual ya se vivió en España durante la vigencia de la LCAP y del TRLCAP. En efecto, hasta la aprobación del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, no existió un desarrollo reglamentario de LCAP de 1995, ni tampoco del TRLCAP de 2000. Durante todos estos años siguió en vigor –en lo que no se opusiera a la LCAP–, el Reglamento General de Contratación del Estado aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, es decir, el desarrollo reglamentario de la Ley de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril.

un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo y se aprueban créditos extraordinarios para atender a su financiación y por el Real Decreto-ley 13/2009, de 26 de octubre por el que se crea el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local. Estos fondos se enmarcan dentro del conjunto de medidas del Gobierno dirigidas a impulsar la recuperación económica y la creación de empleo, pero desde el punto de vista de la contratación pública su importancia va más allá de la financiación de obra pública local y estatal, en la medida en que establecen desde reglas generales sobre clasificación de los contratos a normas especiales sobre tramitación, preparación y adjudicación de los contratos de obras previstos por los mismos[10].

Con posterioridad, el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, entre las medidas destinadas a favorecer la actividad empresarial, en su artículo 4 reformó la LCSP con el objetivo de facilitar la continuidad de la relación contractual con la Administración a los contratistas que hayan solicitado la declaración de concurso de acreedores voluntario y que éste haya adquirido eficacia en un convenio[11]. Así, se modifica la prohibición para contratar estableciendo como causa «haber solicitado la declaración de concurso voluntario» [49.1.b) de la LCSP][12]. Además, como novedad, se permite la devolución de la garantía depositada por un contratista en el marco de un proceso de contratación pública en caso de resolución del contrato cuando la ejecución de la prestación no se hubiera interrumpido hasta el momento de la declaración de insolvencia y el concurso no hubiera sido calificado como culpable, y se facilita la cesión del contrato, aunque el cedente no tenga ejecutado al menos el

10. Acerca de la utilización por los Gobiernos de la compra pública, especialmente los contratos de obras, como una de las vías claves para reactivar la economía en una época de crisis económica como la que actualmente vivimos, véase Gimeno Feliu, J. M., «Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica», *El Cronista del Estados Social y Democrático de Derecho*, enero 2010 y Ortega Álvarez, L., «El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local», *Revista Electrónica CEMCI* nº 3 (2009), págs. 2 y ss.
11. Véase Díaz Fernández, J., «La reciente modificación del régimen de resolución de los contratos administrativos en caso de concurso del contratista a través del RDL 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo: ¿cambio normativo o consolidación de un criterio ampliamente mantenido?», *Contratación Administrativa Práctica,* en prensa.
12. Acerca de esta prohibición de contratar véase Sanjuán y Muñoz, E., «Efectos de la Ley Concursal en el ámbito de los contratos de las Administraciones Públicas», Contratación Administrativa Práctica, nº 25, 2003, pág. 64.

20 por ciento de su importe, si éste hubiera solicitado la declaración de concurso voluntario [se modifica en este punto el artículo 209.2.b) de la LCSP].

Por su parte, el Real Decreto-ley 5/2010, de 31 de marzo, por el que se prorroga la vigencia de determinadas medidas económicas de carácter temporal, retomó la previsión incluida en el apartado tres de la disposición adicional cuadragésima primera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, en materia de reequilibrio financiero de concesiones de autopistas de peaje, que establece, con carácter excepcional, la posibilidad de compensar las obras adicionales ya ejecutadas al tiempo de la entrada en vigor de dicha Ley y no previstas en los proyectos iniciales, pudiendo el Ministerio de Fomento, previo informe del Ministerio de Economía y Hacienda, proponer al Gobierno, en los tres meses siguientes a la entrada en vigor de la Ley, la finalización convencional de los procedimientos derivados de las reclamaciones ya presentadas por dicho concepto. El acuerdo de finalización, según establece la disposición adicional cuadragésima primera, deberá determinar las medidas necesarias para restablecer el equilibrio económico financiero de las concesiones, que consistirán preferentemente en un aumento de tarifas o del plazo concesional, debiendo recoger asimismo el importe de las obras reconocidas para cada concesión.

A la vista de las distintas circunstancias concurrentes en cada una de las nueve sociedades concesionarias concernidas por la citada disposición, la complejidad de las obras adicionales a compensar y de los estudios requeridos para adoptar las citadas medidas de reequilibrio, la norma decide, con el fin de garantizar que el proceso previsto en dicha disposición culmine con éxito, una ampliación del plazo en ella previsto para la finalización convencional de los procedimientos derivados de las mencionadas reclamaciones por obras adicionales.

Además, el artículo 4 del citado texto legal amplía el período de prórroga extraordinaria para la realización de las inversiones previstas en el Real Decreto-ley 9/2008 desde el máximo de los seis meses inicialmente previstos, hasta doce meses[13].

13. La urgencia que habilita a la aprobación del RDLey se motiva así por el Gobierno: «el hecho de que muchos Ayuntamientos se encuentren ya próximos a la conclusión del plazo de prórroga inicialmente concedido para la ejecución de sus proyectos, unido a la necesidad de que conozcan con la antelación necesaria antes de que finalice dicho plazo la posible ampliación del mismo, y, por tanto, la imprescindible certidumbre que debe regir en la conclusión de dicha ejecución, supone la imposibilidad de acudir a una tramitación ordinaria de norma de rango legal, la cual, en todo caso, resulta necesaria por modificarse un Real Decreto-ley».

Pero también el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, prevé que los proyectos de obra pública que cuenten con participación del capital privado y los que se firmen en régimen de concesión deberán obtener un informe «preceptivo y vinculante» del Ministerio de Economía y Hacienda antes de ser contratados. El Ministerio se reserva así realizar una evaluación de las «repercusiones presupuestarias y los compromisos financieros» que conllevará el contrato, y pronunciarse «sobre su incidencia en el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria».

Hay que tener en cuenta que estas modalidades contractuales pueden representar un considerable impacto a largo plazo sobre las cuentas públicas, al comprometer cuantías significativas de gasto futuro y una posible incidencia en el déficit en términos de Contabilidad Nacional y en el nivel de deuda.

Pues bien, en el artículo 16 del citado RDley, entre las medidas de control del gasto público, se contempla que en el ámbito del Sector Público Estatal, antes de autorizar un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como un contrato de concesión de obra pública, tipificados en la LCSP, cuyo valor estimado exceda de doce millones de euros, será preceptivo y vinculante un informe del Ministerio de Economía y Hacienda que se pronuncie sobre las repercusiones presupuestarias y compromisos financieros que conlleva, así como sobre su incidencia en el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, según lo establecido en el texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre.

A tal efecto, el órgano de contratación deberá proporcionar información completa acerca de los aspectos financieros y presupuestarios del contrato, incluyendo los mecanismos de captación de financiación y garantías que se prevea utilizar, durante toda la vigencia del mismo, así como, en su caso, el documento de evaluación previa a que se refiere el artículo 118 de la LCSP.

El Real Decreto-ley 8/2010 añade además una nueva disposición adicional a la LCSP, nada menos que ya la trigésimo cuarta, para prever la adquisición centralizada de medicamentos y productos sanitarios con miras al Sistema Nacional de Salud.

En concreto, mediante Orden del Ministerio de Sanidad y Política Social, previo informe favorable de la Dirección General del Patrimonio

del Estado, se podrá declarar de adquisición centralizada los suministros de medicamentos y productos sanitarios que se contraten en el ámbito estatal por los diferentes órganos y organismos. La contratación de estos suministros deberá efectuarse a través del Ministerio de Sanidad y Política Social. La financiación de los correspondientes contratos correrá a cargo del organismo o entidad peticionarios. Las competencias que el artículo 190 atribuye a la Dirección General del Patrimonio del Estado y al Ministerio de Economía y Hacienda corresponderán en relación al suministro de medicamentos y productos sanitarios al Ministerio de Sanidad y Política Social.

Las comunidades autónomas y las entidades locales, así como las entidades y organismos dependientes de ellas e integradas en el Sistema Nacional de Salud, podrán adherirse al sistema de adquisición centralizada estatal de medicamentos y productos sanitarios, para la totalidad de los suministros incluidos en el mismo o sólo para determinadas categorías de ellos. La adhesión requerirá la conclusión del correspondiente acuerdo con el Ministerio de Sanidad y Política Social.

Los órganos de contratación de la Administración General del Estado, de las comunidades autónomas y de las entidades locales, así como las entidades y organismos dependientes de ellas e integradas en el Sistema Nacional de Salud, podrán concluir de forma conjunta acuerdos marco de los previstos en el artículo 180, con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos de suministro de medicamentos y productos sanitarios que pretendan adjudicar durante un período determinado, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.

Una nueva reforma de la LCSP se ha llevado a cabo por la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales[14].

De nuevo como reacción ante los efectos de la crisis económica, que está afectando con mayor virulencia a las pequeñas y medianas empresas (que funcionan con gran dependencia al crédito a corto plazo y con unas limitaciones de tesorería que hacen especialmente complicada su actividad en el contexto económico actual), la Ley suprime la posibili-

14. La Ley 3/2004 incorporó a nuestro derecho interno la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

dad de «pacto entre las partes», la cual a menudo permitía alargar significativamente los plazos de pago, siendo generalmente las Pymes las empresas más perjudicadas.

Desde el punto de vista de los plazos de pago del sector público, la Ley 15/2010 reduce a un máximo de treinta días el plazo de pago, que se aplicará a partir del 1 de enero de 2013, siguiendo un período transitorio para su entrada en vigor. Por otra parte, se propone un procedimiento efectivo y ágil para hacer efectivas las deudas de los poderes públicos, y se establecen mecanismos de transparencia en materia de cumplimiento de las obligaciones de pago, a través de informes periódicos a todos los niveles de la Administración y del establecimiento de un nuevo registro de facturas en las Administraciones locales.

El artículo tercero de la Ley 15/2010 procede a modificar la LCSP. En primer lugar, establece que el apartado 4 del artículo 200 de la LCSP tendrá la siguiente redacción:

> «4. La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sin perjuicio del plazo especial establecido en el artículo 205.4, y, si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días, los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Cuando no proceda la expedición de certificación de obra y la fecha de recibo de la factura o solicitud de pago equivalente se preste a duda o sea anterior a la recepción de las mercancías o a la prestación de los servicios, el plazo de treinta días se contará desde dicha fecha de recepción o prestación».

En segundo lugar, se añade un nuevo artículo 200 bis a la LCSP con la siguiente redacción:

> «Artículo 200 bis. Procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones Públicas.
>
> Transcurrido el plazo a que se refiere el artículo 200.4 de esta Ley, los contratistas podrán reclamar por escrito a la Administración contratante el cumplimiento de la obligación de pago y, en su caso, de los intereses de demora. Si, transcurrido el plazo de un mes, la Administración no hubiera contestado, se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago y los interesados podrán formular recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, pudiendo solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda. El órgano judicial adoptará la medida cautelar, salvo que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago o que la cuantía reclamada no corres-

ponde a la que es exigible, en cuyo caso la medida cautelar se limitará a esta última. La sentencia condenará en costas a la Administración demandada en el caso de estimación total de la pretensión de cobro».

En tercer lugar, la Ley 15/2010 añade una nueva disposición transitoria octava a la LCSP estableciendo los plazos a los que se refiere el artículo 200 de la Ley.

En este sentido, se establece que el plazo de treinta días a que se refiere el apartado 4 del artículo 200 de la LCSP, en la redacción dada por el artículo tercero de la Ley de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, se aplicará a partir del 1 de enero de 2013.

Desde la entrada en vigor de esta disposición y el 31 de diciembre de 2010 el plazo en el que las Administraciones tienen la obligación de abonar el precio de las obligaciones a las que se refiere el apartado 4 del artículo 200 será dentro de los cincuenta y cinco días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato.

Entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2011, el plazo en el que las Administraciones tienen la obligación de abonar el precio de las obligaciones a las que se refiere el apartado 4 del artículo 200 será dentro de los cincuenta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obra o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato.

Entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, el plazo en el que las Administraciones tienen la obligación de abonar el precio de las obligaciones a las que se refiere el apartado 4 del artículo 200 será dentro de los cuarenta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obra o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato.

Pero la disposición transitoria tercera de la Ley 15/2010 también contiene previsiones sobre los plazos máximos de pago en los contratos de obra con las Administraciones Públicas. Se establece así que las empresas constructoras de obra civil que mantengan vivos contratos de obra con las diferentes Administraciones Públicas, con carácter excepcional, y durante dos años a contar desde la fecha de entrada en vigor de la Ley 15/2010 (que se produjo el 7 de julio de 2010), podrán acordar

con sus proveedoras y/o subcontratistas los siguientes plazos máximos de pago, de conformidad con el siguiente calendario de aplicación:

– 120 días desde la entrada en vigor de la Ley hasta el 31 de diciembre de 2011.

– 90 días desde el 1 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2012.

– 60 días desde el 1 de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2013.

No se admiten pactos entre las partes por encima de los citados plazos y fechas.

3. LA LEY 34/2010 Y SU OBJETIVO DE INCORPORACIÓN DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS EN MATERIA DE RECURSOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la LCSP, la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), tiene como finalidad la adaptación de la LCSP y la LCSE al Derecho de la Unión Europea.

En concreto, pretende adecuar el ordenamiento español a las exigencias de la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, que modifica sustancialmente las anteriores Directivas comunitarias 89/665/CEE, de 21 de diciembre y 92/13/CEE de 25 de febrero, que regulaban los recursos en materia de contratación tanto con referencia a los contratos del sector público, como con respecto a los que celebren las entidades contratantes en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales[15].

El artículo 3 de la Directiva 2007/66 preveía que los Estados miembros deberían poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la misma a más tardar el 20 de diciembre de 2009, plazo que ha superado

15. Para un análisis de la Directiva puede verse NOGUERA DE LA MUELA, B., «El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE», *El Derecho de los contratos públicos* (dir. GIMENO FELIU, J. M.), Monografía núm. X de la Revista Aragonesa de Administración Pública, págs. 299 y ss.

ampliamente, como por lo demás ha sido desgraciada costumbre en la incorporación al Derecho español de las normas europeas sobre contratos públicos. El último ejemplo de estos retrasos fue el producido para la adaptación de la trascendentes Directivas 2004/17 y 2004/18/CE, puesto que el 31 de enero de 2006 finalizó su plazo de trasposición y sin embargo la entrada en vigor de las Leyes que las traspusieron al ordenamiento español, la LCSP y la LCSE, no se produjo sino hasta mayo de 2008.

Por ello, el Gobierno solicitó para la tramitación parlamentaria del Proyecto el procedimiento de urgencia[16], lo que no ha impedido que la reforma se apruebe muy tardíamente a la fecha que obligaba la Directiva 2007/66, principalmente porque el legislador español pensó que con la aprobación de la LCSP y su articulación del nuevo recurso administrativo especial en materia de contratación se trasponían adecuadamente las exigencias de las directivas de recursos (apartado IV.3 de la exposición de motivos de la LCSP).

Sin embargo, no fue esa la opinión de la Comisión Europea, que en su dictamen motivado 260 2190/2002 como consecuencia del incumplimiento por el Gobierno español de la sentencia del TJUE de 3 de abril de 2008[17], argumentó que la LCSP no cumple las exigencias del Derecho comunitario de los contratos públicos en materia de recursos. Entre otros destacados aspectos, para la Comisión la LCSP no permite recurrir ante un órgano independiente del órgano de contratación pues el recurso especial ha de presentarse ante el mismo órgano de contratación o ante el organismo al que dicho órgano está adscrito. No se cuestiona la opción por un recurso administrativo previo de carácter obligatorio, ni tampoco se exige que la decisión de adjudicación haya de impugnarse ante un órgano jurisdiccional. Pero se considera que sólo un órgano independiente es capaz de garantizar una protección jurídica plena y eficaz frente a las decisiones de los órganos de contratación. Además, la Comisión considera que el recurso contra la adjudicación provisional en la LCSP no equivale al recurso contra la adjudicación misma del contrato y no permite a los licitadores excluidos enjuiciar la corrección de todas las actuaciones posteriores a dicha adjudicación provisional, por lo que considera que se trata de un recurso ineficaz.

Con la reforma de la LCSP operada por la Ley 34/2010 se introdu-

16. El proyecto de Ley fue tramitado por la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados con competencia legislativa plena y por el procedimiento de urgencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 75.2 de la Constitución.
17. Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España, asunto C-444/06.

cen importantes novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación y se crea para su resolución un órgano independiente de carácter administrativo, que se denominará en la Administración del Estado Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Con el objetivo de dar plena satisfacción a las exigencias de la Directiva 2007/66/CE, se refunde en uno sólo los actos de adjudicación provisional y definitiva[18], haciendo coincidir la perfección del contrato con la formalización del mismo, sin que entre ambos trámites se prevea actuación alguna, salvo, claro está, las que deriven de la posible interposición del recurso.

La Ley 34/2010 consta así de una exposición de motivos, tres artículos (uno para recoger las reformas de la LCSP, otro para las de la LCSE y otro para modificaciones de la LJCA[19]), subdivididos a su vez en múltiples apartados, tres disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una derogatoria y cuatro finales.

Dentro de la LCSP, el nuevo «régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos» se llevaba inicialmente en el anteproyecto de Ley de modificación de la LCSP a un nuevo título, el IV, al final del Libro V, relativo este último a la «organización administrativa para la gestión de la contratación» y en el que se contiene la regulación sobre órganos de contratación, de asistencia y consultivos, registros oficiales y plataforma de contratos.

Como señaló el Consejo de Estado en su dictamen núm. 499/2010, desde el punto de vista sustantivo, el único punto de conexión entre el ámbito objetivo del mencionado Libro V (que resulta de su título y contenido) y la regulación que se introducía en su nuevo título IV era el relativo a la creación y definición del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Por el contrario, la regulación del objeto del recurso, del procedimiento y de otros aspectos del citado régimen especial nada tenían que ver con el objeto de dicho Libro y estarían para el

18. Véase al respecto CARBONERO GALLARDO, «Viajes de ida y vuelta: el regreso de la adjudicación única», *Contratación Administrativa Práctica*, nº 100 (2010).
19. La enmienda nº 16 del Grupo Parlamentario Popular fue la que propuso que la era en el anteproyecto de Ley la disposición final primera («Modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa») se convirtiera en el curso de la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley en el artículo 3 de la norma (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 21 de junio de 2010, Serie A, núm. 79-5).

Consejo de Estado mejor ubicados al final del Libro III, relativo a la selección del contratista y adjudicación de los contratos, o de modo similar a como figura la regulación del recurso en la redacción vigente (como último capítulo del título I del Libro I) de la LCSP. En ambos casos, el problema consistiría en insertar entre ocho y diez artículos en el articulado de la Ley.

Pues bien, finalmente la Ley 34/2010 decidió introducir esta regulación en el nuevo Libro VI de la LCSP.

Por lo que se refiere a las disposiciones al articulado, la adicional primera regula el régimen de los órganos competentes para resolver los recursos de la Administración General del Estado y Entidades Contratantes adscritas a ella; la adicional segunda establece el apoyo técnico y administrativo al Tribunal Central de Recursos Contractuales y la tercera se refiere al régimen de comunicaciones y notificaciones.

Por su parte, la disposición transitoria primera prevé el primer nombramiento y constitución del tribunal Central de Recursos Contractuales, la segunda se ocupa del régimen supletorio para las Comunidades Autónomas y la transitoria tercera contiene el régimen para los procedimientos en curso.

La disposición derogatoria única señala los artículos derogados de las normas reformadas y la disposición final tercera establece la entrada en vigor al mes de su publicación, sin perjuicio de lo establecido en la disposición transitoria primera en cuanto al primer nombramiento y constitución del Tribunal Central de Recursos Contractuales, que entró en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, es decir, el 10 de agosto de 2010[20].

El resto de las disposiciones finales fueron introducidas en el texto de la Ley 34/2010 en el trámite de enmiendas del Senado[21], haciendo uso de la mala técnica legislativa que supone introducir cuestiones que no son propias de la materia que se está regulando. De esta forma, la disposición final primera recoge una deducción por doble imposición sobre dividendos de fuente interna en el Impuesto sobre Sociedades y la final segunda reforma la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los medicamentos y productos sanitarios.

---

20. Esta excepción fue introducida por la enmienda nº 35 del Grupo Parlamentario Socialista (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 21 de junio de 2010, Serie A, núm. 79-5).
21. Véase el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, núm. 79-8, de 23 de julio de 2010 (enmiendas del Senado) y el BOCG, Serie A, 79-9, de 28 de julio de 2010 (aprobación definitiva del Proyecto de Ley).

4. LA CREACIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES Y DE TRIBUNALES AUTONÓMICOS PARA LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

Como destacó con contundencia la doctrina administrativista[22], una de las limitaciones más importantes de la regulación del recurso especial en el artículo 37 de la LCSP fue la atribución de la competencia para la resolución del mismo al órgano de contratación, convirtiendo así el recurso en un equivalente a un recurso administrativo de reposición. De esta forma no se cumplían las exigencias del Derecho de la Unión Europea en la materia que exigía la resolución del recurso por un órgano independiente de la Administración contratante.

La normativa comunitaria encomienda la resolución de los recursos a un órgano independiente del órgano de contratación (artículo 2 de la Directiva 89/665/CEE). Dicho órgano independiente puede tener carácter jurisdiccional o administrativo. En este último caso (apartado 9 del artículo 2 de la citada Directiva), el nombramiento de sus miembros y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad, exigiéndose que el presidente posea, como mínimo, las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez.

Esta instancia independiente adoptará sus decisiones, que deberán ir siempre motivadas por escrito y que tendrán efectos jurídicos vinculantes, previa realización de un procedimiento contradictorio. Además, dichas resoluciones han de poder ser objeto de recurso ante un órgano jurisdiccional.

---

22. Véase GIMENO FELIU, J. M., Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, Civitas, Pamplona, 2010, págs. 329 y ss.; NOGUERA DE LA MUELA, B., «El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE», en J. M. GIMENO FELIU (Ed): El Derecho de los contratos públicos, Monografía núm. X de la Revista Aragonesa de Administración Pública, págs. 320 y ss.; LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, «El control de la adjudicación de los contratos públicos. En particular, el recurso especial y las medidas cautelares», La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales (dir. MORENO MOLINA, J. A.), CEMCI, Granada, 2008, págs. 301 y ss.; y RAVENTÓS SOLER, A. y MACÍAS CASTAÑO, J. M., «El recurso especial en materia de contratación, un año después... y el Reino de España empeñado en no cumplir la Directiva de recursos», Diario La Ley nº 7211 (2009), Ref. D-244.

En su dictamen motivado 260 2190/2002 como consecuencia del incumplimiento por el Gobierno español de la sentencia del TJUE de 3 de abril de 2008, asunto C-444/06, la Comisión Europea señaló que la LCSP no permite recurrir ante un órgano independiente del órgano de contratación pues ha de presentarse ante el órgano de contratación o ante el organismo al que dicho órgano está adscrito; lo cual es especialmente preocupante si se tiene en cuenta que los licitadores excluidos que deseen recurrir una decisión de adjudicación provisional están obligados a interponer este recurso especial antes de poder acudir a la vía contencioso-administrativa. No se cuestiona la opción por un recurso administrativo previo de carácter obligatorio, ni tampoco se exige que la decisión de adjudicación haya de impugnarse ante un órgano jurisdiccional. Pero se considera que sólo un órgano independiente es capaz de garantizar una protección jurídica plena y eficaz frente a las decisiones de los órganos de contratación.

A diferencia de la legislación estatal, en la normativa autonómica en materia de contratación pública hay que destacar que la Ley 3/2003 de Baleares y la Ley Foral 6/2006 atribuyeron la resolución de los recursos administrativos en materia de contratación a sus respectivas Juntas Consultivas de Contratación.

Pues bien, como una de sus principales novedades, la Ley 34/2010 prevé que en el ámbito de la Administración General del Estado, el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación corresponderá al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales estará adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda y compuesto por un Presidente y un número mínimo de dos vocales[23], para cuya provisión se publicó la correspondiente convocatoria en el Boletín Oficial del Estado el 16 de agosto de 2010[24].

Podrán ser designados vocales de este Tribunal los funcionarios de cuerpos a los que se acceda con titulo de licenciado o de grado y que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a

23. El proyecto de Ley de modificación de la LCSP contemplaba un mínimo de tres vocales, pero se cambió a dos vocales tras la aprobación de la enmienda nº 20 del Grupo Parlamentario Socialista (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 21 de junio de 2010, Serie A, núm. 79-5).
24. Orden EHA/2237/2010, de 10 de agosto, por la que se convoca la provisión de puestos de Presidente y Vocales del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública[25]. Sus primeros miembros designados han sido como Presidente D. Juan José Pardo García-Valdecasas y como vocales Dª Carmen Gomis Bernal y D. José Santos Santamaría Cruz).

La disposición adicional primera de la Ley 34/2010 prevé que a medida que el número de recursos sometidos a su conocimiento y resolución lo exija se podrán constituir Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales con sede en cada una de capitales de Comunidad Autónoma.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 311 LCSP, también se ha creado el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales mediante Resolución de 18 de enero de 2011, del Letrado Mayor de las Cortes, por la que se publica la de 21 de diciembre de 2010, de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado. Como señala el artículo 2, el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales estará compuesto por un Diputado, un Senador y el Interventor de las Cortes Generales.

Por su parte, las Comunidades Autónomas tienen la opción de crear un órgano propio para resolver los recursos que se planteen en sus propios procesos de contratación, o encomendar la resolución de los mismos al Tribunal Administrativo Central, a cuyo efecto deben celebrar un convenio con la Administración General del Estado, «en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias» (párrafo 4 del apartado 2 del artículo 311 de la LCSP).

Varias Comunidades Autónomas ya han optado por crear su propio Tribunal, a saber: Cataluña (que se adelantó incluso a la aprobación de la Ley 34/2010, al aprobar la Ley catalana 26/2009, de 23 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, disposición adicional cuarta), Madrid (Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, art. 3), Castilla y León (Ley 19/2010, de 22 de diciembre, de Medidas Financieras y de Creación

25. La disposición transitoria primera de la Ley 34/2010 establece el régimen del primer nombramiento y constitución del Tribunal Central de Recursos Contractuales. En efecto, en tanto no se desarrolle reglamentariamente la composición del Tribunal, éste estará compuesto por el Presidente y dos vocales, para cuya provisión se publicará la correspondiente convocatoria en el Boletín Oficial del Estado dentro de los siete días siguientes a la publicación de esta Ley.

del Ente Público Agencia de Innovación y Financiación Empresarial de Castilla y León, disposición final séptima), Galicia (Ley 15/2010, de 28 de diciembre, de Medidas fiscales y administrativas, art. 36), País Vasco (Ley 5/2010, de 23 de diciembre, de Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, disposición adicional octava –el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi se crea inicialmente con el carácter de unipersonal–) y Cantabria (Ley 1/2010, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Cantabria 6/2002, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria y la Ley de Cantabria 11/2006, de 17 de julio, de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico, disposición adicional primera).

En Aragón, la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público, crea el denominado Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, como órgano encargado de conocer y resolver los recursos especiales, reclamaciones y cuestiones de nulidad en materia de contratación que se interpongan en el ámbito de los poderes adjudicadores de la Comunidad Autónoma de Aragón.

La citada Ley, además de concretar sus funciones, regula la composición del Tribunal: un Presidente y dos vocales, que deberán ser funcionarios de carrera de cuerpos y escalas del grupo A con la titulación en Derecho, que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince o diez años, respectivamente, en la rama de Derecho Administrativo relacionada directamente con la contratación pública. La designación de sus miembros se efectuará por Decreto del Gobierno de Aragón, previa información a las Cortes de Aragón, y éstos tendrán derecho a las retribuciones que anualmente se fijen en la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón.

No obstante, la propia Ley 3/2011, de 24 de febrero, establece en su Disposición transitoria tercera, con el fin de no demorar la puesta en funcionamiento del régimen de recursos que crea la Ley, que en tanto se constituya efectivamente el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, el ejercicio de sus funciones se realizará por los Vocales de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón designados expresamente por el Gobierno de Aragón en los que concurran los requisitos exigidos en esta norma para ser miembro del citado Tribunal, garantizándose en todo caso la necesaria independencia funcional. Se establece igualmente que el Secre-

tario de esta Junta Consultiva asumirá las funciones del Secretario del Tribunal.

La Orden de 9 de marzo de 2011, de la Consejera de Presidencia, da publicidad al «Acuerdo de 8 de marzo de 2011, del Gobierno de Aragón, por el que se designan a los vocales de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón que transitoriamente desarrollarán las funciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón».

A estas Comunidades habría que sumar entre las que van a crear su órgano autonómico de resolución de los recursos a Navarra y Andalucía.

5. LAS PRINCIPALES REFORMAS INTRODUCIDAS EN LA LCSP POR LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible ha llevado a cabo una nueva y trascendente modificación de la LCSP, que acontece cuando los operadores jurídicos y económicos de la contratación pública todavía no han tenido tiempo material para poder asimilar los numerosos cambios operados por medio de la Ley 34/2010.

Pues bien, la Ley de Economía Sostenible (LES), con el objetivo declarado en su exposición de motivos de acelerar la renovación del modelo productivo y modernizar la economía española, es consciente de la importancia decisiva de la contratación pública en la economía así como en el diseño y ejecución de las políticas públicas. Por ello aborda muy diversas reformas de la LCSP, que la LES lleva a cabo sobre todo mediante sus disposición adicionales decimosexta y quincuagésima quinta.

Por su profundidad y alcance, hay que destacar como principal reforma la que la LES aprueba en relación con el régimen jurídico de las modificaciones de los contratos. La LES introduce así un nuevo Título V en el Libro I de la LCSP, con la rúbrica genérica de «Modificación de los contratos», que resulta aplicable a todos los contratos del sector público, superando la limitada aplicación a las Administraciones públicas de la regulación anterior de las modificaciones en el Libro IV de la LCSP.

Se sustituye ahora el anterior artículo 202 de la LCSP por el nuevo artículo 92 bis, que contempla los supuestos en que procede modificar el contrato cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 92 quáter. El artículo 92 bis prohíbe toda modificación efectuada en otro

caso señalando con contundencia que: «si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes».

La LES distingue entre las modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación (artículo 92 ter, que exige que los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas) y las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación (artículo 92 quáter, que prevé que solo podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las concretas circunstancias que el propio precepto define taxativamente).

Se ha reformado también el artículo 76.1 de la LCSP puesto que en el caso de que se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que éste pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas.

Pero la LES va más allá de su nueva regulación de los modificados, ya que impulsa otras medidas para garantizar la eficiencia en la contratación pública, la agilización de trámites, y fomentar la participación de la pequeña y mediana empresa. Por ejemplo, la garantía provisional se convierte en excepcional a través de la reforma del artículo 91 de la LCSP.

Una importante atención se dedica a la colaboración público-privada. Así, se modifica el artículo 11 LCSP para aclarar que pueden celebrar este contrato las Entidades Públicas Empresariales y se da nueva redacción al trámite de evaluación previa que exige el artículo 118 LCSP. Asimismo, se añade una Disposición adicional trigésimo quinta relativa al Régimen de adjudicación de contratos públicos en el marco de fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado, indicando que los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en

la LCSP para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado;

La LES también añade un nuevo precepto, el artículo 73 bis LCSP, que regula la sucesión del contratista; impulsa una mayor transparencia de la información en la contratación pública mediante la publicidad de todos los perfiles en la Plataforma del Estado (se modifica el artículo 309 LCSP) y fomenta la realización de contratos de investigación y desarrollo.

En este sentido, la nueva letra r) al apartado 1 del artículo 4, considera negocios excluidos de la LCSP a «los contratos de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que éste comparta con las empresas adjudicatarias los riesgos y los beneficios de la investigación científica y técnica necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado». Eso sí, en la adjudicación de estos contratos «deberá asegurarse el respeto a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y de elección de la oferta económicamente más ventajosa».

Por último, reseñar que la LES introduce una nueva definición del contrato de gestión de servicios público, al modificar el apartado 1 del artículo 8 de la LCSP. La figura contractual ya no estará reservada en adelante a las Administraciones públicas, ya que también podrán celebrar estos contratos las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. En concreto, las Mutuas podrán realizar este tipo de contrato respecto a la gestión de la prestación de asistencia sanitaria.

Capítulo 4

Medidas adoptadas por las Comunidades Autónomas en materia de contratos públicos

ANA ISABEL BELTRÁN GÓMEZ
Secretaria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón
Secretaria del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. MEDIDAS QUE PRETENDEN INCREMENTAR EL CONTROL Y LA «SOSTENIBILIDAD» DE LAS FINANZAS PÚBLICAS. 3. MEDIDAS TENDENTES A LA SIMPLIFICACIÓN Y LA EFICIENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 4. MEDIDAS EN MATERIA SOCIAL Y MEDIOAMBIENTAL. *4.1. Medidas en materia social. 4.2. Medidas en materia medioambiental.*

1. INTRODUCCIÓN

A la «avalancha normativa»[1] en materia de contratos públicos generada por el legislador estatal, se suman las medidas adoptadas por las Comunidades Autónomas, como «aludes» que alimentan la avalancha, con un ámbito territorial mas limitado, pero que en todo caso contribuyen a acrecentar «el desconcierto en el que habitan quienes están llamados a la aplicación de la normativa contractual»[2].

Este trabajo pretende analizar, sin afán exhaustivo, las medidas adoptadas por las Comunidades Autónomas en un espacio temporal muy limitado, pero –por su intensidad– suficientemente representativo. En concreto, las medidas inscritas en el período comprendido entre di-

1. Así la califica José Antonio MORENO MOLINA en su trabajo «Las últimas reformas legislativas en materia de contratos públicos y el futuro próximo. Crónica de una avalancha normativa» incluido en esta misma obra.
2. En atinada expresión utilizada por Jesús COLÁS TENAS en su artículo «*La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible*», de próxima publicación.

ciembre de 2010 y febrero de 2011, tres meses realmente prolíficos en la materia, como se verá.

Hay que señalar, en primer lugar, que se trata de medidas contenidas en normas legales que no comparten en la mayoría de las ocasiones su alcance; desde la decidida solución adoptada por Aragón de destinar una norma en exclusiva a introducir medidas en esta materia (Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón), a la opción de incluir previsiones en las Leyes anuales de Presupuestos, en las denominadas «leyes de medidas» o « leyes de acompañamiento», o la de introducirlas en normas sustantivas singulares, sin conexión aparente con la contratación publica, como puede ser el caso de la Ley 15/2010, de 9 de diciembre, de responsabilidad social empresarial en Extremadura, o la Ley 15/2010, de 10 de diciembre, de Prevención de la Contaminación Lumínica y del Fomento del Ahorro y Eficiencia Energéticos derivados de Instalaciones de Iluminación en Castilla y León.

En algunas Comunidades Autónomas se da además la circunstancia de tramitación simultánea de dos normas en las que se introducen previsiones que, con evidente vocación de permanencia en el tiempo, deberían haberse incluido –al menos– en el mismo texto normativo. Un ejemplo concreto de esta práctica lo encontramos en la tramitación y aprobación (con un día de diferencia) en la Comunidad de Galicia de sus Leyes 14/2010, de 27 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad para el año 2011 y 15/2010, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas.

Estas normas autonómicas incluyen también, en algunos casos, la decisión de crear y/o regular el órgano administrativo especializado e independiente, cuya constitución está prevista en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP). Así, entre otras, la Ley 19/2010, de 22 de diciembre, de Medidas Financieras y de Creación del Ente Público Agencia de Innovación y Financiación Empresarial de Castilla y León, cuya Disposición adicional séptima habilita para la creación de un órgano de esta naturaleza, o la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid, en la que su artículo 3 crea el Tribunal y establece la regulación del mismo.

Pese a la variedad de opciones, un intento de sistematizar estas previsiones –sin incluir las propias destinadas al órgano de resolución de recursos– nos lleva a agruparlas en tres tipos de medidas:

1. Aquellas que pretenden incrementar el control y la «sostenibilidad» de las finanzas públicas, en línea con la consecución del objetivo de déficit previsto.
2. Las que pretenden promover la competencia de las Pymes, la reducción de cargas, y, en general, la simplificación y la eficiencia en la contratación pública.
3. Las destinadas a introducir medidas en materia social y medioambiental.

Sigamos pues esta sistemática para abordar el análisis de estas medidas.

2. MEDIDAS QUE PRETENDEN INCREMENTAR EL CONTROL Y LA «SOSTENIBILIDAD» DE LAS FINANZAS PÚBLICAS

En este grupo encontramos, junto a previsiones de corte «clásico», como la de introducir la exigencia de aprobación previa de determinados expedientes de contratación por el órgano superior de Gobierno de la respectiva Comunidad, otras mas novedosas, como la de dotar de un mayor control previo –de carácter fundamentalmente económico– la licitación de los contratos de colaboración público privada.

Entre las primeras, llama la atención la disparidad de cuantías señaladas como límite para la preceptiva autorización previa por el órgano de Gobierno. Así, estas cuantías oscilan entre los 12.000.000 de euros previstos en el artículo 23.1 de la Ley 12/2010, de 27 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2011, a los 300.000 euros previstos en el artículo 34.2 de la Ley 5/2010, de 27 de diciembre, de medidas extraordinarias para la sostenibilidad de las finanzas públicas de la Región de Murcia. Pasando por cuantías intermedias, como los 4.000.000 de euros previstos en el artículo 43 de la ya mencionada Ley de presupuestos de Galicia o los 600.000 euros establecidos en el artículo 34.2 de la Ley 18/2010, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2011.

Una mención especial merece la regulación de Aragón en este concreto aspecto, contenida en la ya citada Ley 3/2011:

> «Disposición adicional segunda. Autorizaciones de expedientes de contratación por el Gobierno de Aragón.
>
> 1. Sin perjuicio, en su caso, de las autorizaciones de gasto necesarias, los órganos de contratación de la Administración Pública de la Comunidad

Autónoma y sus Organismos Públicos necesitarán la autorización del Gobierno de Aragón, exclusivamente, en los supuestos siguientes:

a) Expedientes de contratación cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.

b) Expedientes de contratación cuyo valor estimado sea indeterminado.

2. El Gobierno de Aragón podrá recabar discrecionalmente el conocimiento y la autorización de cualquier otro contrato. Del mismo modo, el órgano de contratación, en su caso, a través del Consejero del que dependa, podrá elevar un contrato a la consideración del Gobierno de Aragón para su autorización.

3. La necesidad de autorización de la celebración de un contrato por parte del Gobierno de Aragón conllevará la necesidad de autorización de su modificación, así como, en su caso, de la resolución misma.

4. Estas autorizaciones deberán otorgarse por el Gobierno de Aragón con carácter previo a la aprobación del expediente de contratación o, en su caso, a la aprobación de la modificación o resolución contractual».

Y ello, no sólo por aclarar la previsión del deslinde entre las competencias de autorización de gasto y de aprobación de estos expedientes, en muchas ocasiones confuso, sino por la acertada inclusión de la necesidad de someter nuevamente a la autorización previa del órgano que autorizó el contrato inicial, la de sus eventuales modificados –con independencia de la cuantía de éstos, incluso negativa– o su resolución.

A la introducción de límites y controles específicos en el uso de la figura del contrato de colaboración público privada se dedican, con mayor o menor extensión, previsiones como las del artículo 24 de la Ley del Presupuesto de Andalucía para 2011 o la del artículo 51 de la norma presupuestaria de Galicia para 2011, en «línea» con la introducción por el artículo 16 del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, de un trámite previo –limitado al ámbito del Sector Público Estatal– a la autorización para la celebración de un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado cuyo valor estimado exceda de doce millones de euros, consistente en la preceptiva emisión de un informe del Ministerio de Economía y Hacienda, que tendrá carácter vinculante y se pronunciará sobre las repercusiones presupuestarias y compromisos financieros que conlleva la celebración del contrato, así como sobre su incidencia en el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria[3].

3. Como señala Miguel Ángel BERNAL BLAY en su artículo «*La colaboración entre el sector público y el sector privado tras la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible*», de

Una mención singular, y necesariamente crítica, por la improvisación normativa que evidencia y por su contribución al desconcierto al que aludía al principio de este trabajo, debe hacerse en este apartado a las medidas introducidas por la Ley 5/2010, de 27 de diciembre, de medidas extraordinarias para la sostenibilidad de las finanzas públicas de la Región de Murcia, modificada por Ley 1/2011, de 24 de febrero, en lo que puede calificarse, cuando menos, de curioso viaje de ida y vuelta[4].

---

próxima publicación. Analiza el autor en su trabajo varias disposiciones autonómicas adoptadas desde la introducción del nuevo trámite en el ámbito estatal: «el art. 5 de la Ley de Islas Baleares 6/2010, de 17 de junio, por la que se adoptan medidas urgentes para la reducción del déficit público, que señala como novedad que el informe, que deberá emitir en este caso la consejería competente en materia de hacienda y presupuestos, deberá tener en cuenta los criterios establecidos por la Intervención General de la Administración del Estado en la elaboración del déficit en términos de contabilidad nacional. Igualmente, la Disposición Adicional quinta de la Ley 14/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2010, en la redacción que le da la Ley 1/2010, de 28 de junio, que contempla la elaboración de un informe sobre la incidencia del contrato en el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria por la Dirección General de Presupuestos, y otro emitido Instituto de Crédito y Finanzas de la Región de Murcia a la vista del estudio de su viabilidad económico-financiera presentado, que deberá contemplar las proyecciones de ingresos, gastos y resultados, valorando la aportación total prevista de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y la evaluación y reparto de los riesgos en cada fase del mismo. La Ley murciana dispone el carácter preceptivo de ambos informes, sin señalar, a diferencia de lo que sucede con el emitido por el Ministerio de Economía y Hacienda para el sector público estatal y la consejería competente en materia de hacienda y presupuestos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares, su carácter vinculante. La Ley Murciana señala asimismo la obligación de remitir anualmente a la Comisión de Economía, Hacienda y Presupuesto de la Asamblea Regional una relación comprensiva de todas las operaciones informadas por el Instituto de Crédito y Finanzas de la Región de Murcia y por la Dirección General de Presupuestos. En un sentido similar, si bien no con la precisión de las anteriores, debe entenderse la previsión contenida en el art. 24 de la Ley 12/2010, de 27 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2011, que atribuye a la Consejería de Hacienda y Administración Pública la competencia para autorizar los proyectos de inversión que vayan a ejecutarse a través de fórmulas de colaboración público-privada, debiendo la Consejería interesada recabar de aquélla "la autorización para financiar el proyecto de que se trate mediante la fórmula de colaboración público-privada que se considere más adecuada"».

4. El Preámbulo de la norma que, en menos de dos meses, modifica la práctica totalidad de las «medidas extraordinarias» –y por ello, con consecuencias que debieron ser prudentemente calibradas antes de adoptarlas– contenidas en la que reforma, es suficientemente ilustrativo: «El día treinta y uno de diciembre de dos mil diez se publicó en el Boletín Oficial de la Región de Murcia la Ley 5/2010, de 27 de diciembre, de medidas extraordinarias para la sostenibilidad de las finanzas públicas. En su preámbulo se justifican una serie de acciones dirigidas a reducir el déficit público en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (…). La entrada en vigor de la Ley

De las iniciales medidas «extraordinarias» en materia de contratación pública contenidas en la Ley 5/2010, tales cómo la prohibición de celebrar contratos de servicios de las categorías 7 a 13 del Anexo II LCSP, salvo autorización previa del Consejo de Gobierno; o la necesaria autorización de este órgano para la celebración de contratos de patrocinio de mas de 60.000 euros, perviven únicamente tras la reforma las contenidas en los artículos 34 y 42. El primero de estos preceptos dispone que determinadas unidades integrantes del sector público regional (y ya no todas, como en la regulación de diciembre) que se propongan la realización de gastos de naturaleza contractual que superen la cifra de 60.000 euros, deberán solicitar la autorización del titular de la consejería de la que dependan o a la que estén adscritas, antes de la licitación, autorización que deberá elevarse para su otorgamiento por el Consejo de Gobierno si el gasto a autorizar supera la cantidad de 300.000 euros. El segundo fija en 3.000 euros, IVA incluido, el importe a tener en cuenta para que los servicios contratados a empresarios o profesionales incluidos en el ámbito de aplicación del Estatuto del Trabajador Autónomo tengan la consideración de contratos menores, así como dispone que los Interventores delegados comunicarán a la Intervención General la reiteración de contratos con una misma persona de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones, para que por dicho Centro se analice si dicha reiteración implica fraccionamiento injustificado, pudiendo ser constitutiva de responsabilidad a tenor de lo establecido en el artículo 110 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia.

3. MEDIDAS TENDENTES A LA SIMPLIFICACIÓN Y LA EFICIENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Una medida de simplificación la encontramos en el artículo 39.2 de

5/2010, de 27 de diciembre, ha generado la introducción de nuevas prácticas en el quehacer diario de la Administración regional, que se han demostrado susceptibles de mejora si se introducen determinadas precisiones en el Título II. A esa razón obedece la necesidad de suprimir o modificar algunos artículos para, por ejemplo, acotar de manera clara el sentido de términos tales como "unidades" o "entidades" integrantes del sector público regional; precisar el alcance de otras expresiones que también han generado dudas interpretativas; a procurar una simplificación de los regímenes de autorización y control previstos para los contratos de servicios, eliminando solapamientos innecesarios, en el primer caso, y preservando la consustancial sencillez de su tramitación en el segundo, eliminando rigideces que poco aportarían. De menor trascendencia es la propuesta de modificar la numeración de los actuales capítulos para corregir la anomalía que implica el orden inverso con el que aparecen».

la Ley 18/2010, de presupuestos de Extremadura para 2011, que establece que, salvo manifestación expresa en contrario del interesado, la presentación de la propuesta para concurrir en un procedimiento de contratación con la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura conllevará la autorización al centro gestor para recabar los correspondientes certificados para la acreditación del requisito de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, así como con esa Comunidad Autónoma, a cuyo efecto se consignará en los pliegos la innecesariedad de que la empresa propuesta como adjudicataria los aporte.

Numerosas –y de calado– son las medidas de esta naturaleza incorporadas a la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, que además crea y regula el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de esta Comunidad. Su artículo 1, al declarar su objeto, señala: «Esta Ley tiene por objeto establecer medidas de racionalización y simplificación y de fomento de los objetivos sociales en la contratación del sector público de Aragón y la creación del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón»[5].

Siguiendo la propia sistemática de la norma, estas medidas se introducen en las distintas fases de la tramitación y ejecución de un contrato público, así:

– En relación con la fase de preparación del contrato y con el fin de lograr una mayor transparencia, que sin duda redundará en una mayor eficiencia en la utilización de los fondos públicos, destaca la previsión de fomentar la concurrencia en la adjudicación de contratos menores –cuyo límite cuantitativo no modifica el señalado en la LCSP–, resultando preceptiva, salvo que solo puedan ser prestados por un único empresario, la consulta, preferentemente por medios electrónicos, a al menos tres empresas capacitadas para la ejecución en los de obras de más de 30.000 euros

5. Abundando en la necesidad de simplificación y eficiencia, la Exposición de Motivos de la norma manifiesta: «La actual situación económica exige adoptar las medidas necesarias que, respetando la legislación estatal –fundamentalmente, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público– y la de la Unión Europea, doten de estabilidad al sistema de gestión de los recursos públicos y permitan una más rápida y eficiente tramitación de los contratos públicos (…). Los Capítulos II, III y IV recogen una serie de medidas que buscan conseguir una mayor concurrencia, igualdad, eficiencia, agilidad y simplificación en las distintas fases de los procedimientos administrativos de contratación».

y de los de suministros y servicios que superen los 6.000 euros (artículo 4.2).

– Se establece la posibilidad de que los licitadores presenten la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos, salvo las declaraciones responsables, mediante simples fotocopias. Requiriendo solo al propuesto como adjudicatario para que aporte la documentación original o compulsada, junto con el resto de documentación exigible para la adjudicación del contrato (artículo 5).

– Respecto del procedimiento negociado, así como del nuevo procedimiento simplificado, cuando se opte por no constituir Mesa de contratación, la Ley incluye una importante medida de simplificación consistente en que, si así lo dispone el Pliego, los licitadores puedan sustituir la presentación de la documentación justificativa del cumplimiento de los requisitos previos por una declaración responsable, siendo obligatoria la presentación de esos documentos únicamente al finalmente propuesto como adjudicatario (artículo 6).

– En las fases de adjudicación y formalización del contrato se prevén medidas tales como la posibilidad de solicitar aclaraciones de las ofertas presentadas, para corregir errores manifiestos de redacción de las mismas, incorporando de esta manera la doctrina sentada por el Tribunal General de la Unión Europea (Sentencia de 10 de diciembre de 2009, As. T 195/08). Los límites de estas aclaraciones se encuentran en el respeto al principio de igualdad de trato y en la posibilidad de que por esta vía se introduzcan modificaciones en las ofertas. En todo caso se debe dejar constancia documental de las actuaciones (artículo 9).

La Ley introduce en su artículo 8 reglas para la composición y funcionamiento de las Mesas de contratación, a las que atribuye las funciones de calificación, admisión, exclusión y valoración de las ofertas y las demás previstas en la normativa reguladora de la contratación del sector público. Su composición tendrá publicidad en el perfil de contratante.

Otra de las novedades incluidas para la racionalización técnica y agilización de la contratación en estas fases hace referencia a la formalización de los contratos basados en un acuerdo marco o de sistemas dinámicos de contratación, cuyo concreto trámite se remite a lo previsto en los pliegos, sin necesidad de documento específico (artículo 11)[6].

6. Justifica la Exposición de Motivos esta medida en lo siguiente: «Según la Ley 30/2007, de 30 de octubre, tras la modificación efectuada por la Ley 34/2010, de 5 de

El artículo 12 establece criterios de resolución de empates en la valoración de ofertas, dando un paso más respecto a lo previsto en la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón. En este sentido, se establecen de manera directa (independientemente de que lo hayan recogido o no los pliegos) criterios basados en objetivos sociales como menor tasa de trabajadores temporales, buenas prácticas en materia de igualdad de género, y, en última instancia, la realización de un sorteo.

Pero sin duda, la novedad principal en relación con la fase de adjudicación, es la articulación de un nuevo procedimiento simplificado para la adjudicación de contratos de suministro y de servicios de valor estimado inferior a 150.000 euros y de obras inferior a 2.000.000 de euros, IVA excluido[7]. En su tramitación se sustituyen los Pliegos (de cláusulas

---

agosto, los contratos se perfeccionan con su formalización de modo que habría que formalizar todos, independientemente de su tipo o cuantía (sin perjuicio de las especialidades para los contratos menores). En el ámbito de la contratación centralizada y con la experiencia acumulada por la central de compras del Departamento de Presidencia del Gobierno de Aragón (órgano principal con competencias en esta materia), los datos del año 2009 demuestran que los contratos con un importe inferior a 100.000 € basados en un acuerdo marco, pese a suponer la práctica totalidad (98,33%) de los expedientes tramitados (3284), representan sólo una pequeña parte (30,20%) del volumen total de gasto (45.258.246,81 €, excluido el suministro de energía eléctrica). Ello hace conveniente, en aras de conseguir agilizar la mayoría de estos contratos de escasa cuantía, el permitir entender que el contrato queda formalizado conforme a lo previsto en los pliegos correspondientes sin necesidad de documento específico, mediante el concurso expreso de las dos voluntades participantes».

7. Como señala José María Gimeno Feliu en su artículo «La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón: Alcance y significado (Hacia la simplificación administrativa y la eficiencia en la gestión)»: «Desde la estricta perspectiva de articulación competencial, esta Ley respeta la competencia del Estado en las bases de la legislación de contratos administrativos, desarrollando aspectos propios o de carácter organizativo». Especialmente quiero destacar que el denominado procedimiento simplificado no quiebra la competencia del Estado en tanto no es sino una simplificación de trámites: la reducción de plazos –son contratos no armonizados– es respetuosa con la previsión del artículo 122 LCSP (son incluso mayores). La publicidad en perfil y no en BOA, no quiebra la regla de la transparencia sino que pretende generar una publicidad que aumente la concurrencia mediante un portal específico y electrónico como es el perfil de contratante que, en todo caso, como previene el artículo 42.4 LCSP («La difusión a través del perfil de contratante de la información relativa a los procedimientos de adjudicación de contratos surtirá los efectos previstos en el Título I del Libro III.»), surte los mismos efectos que la publicidad en Diario Oficial (también electrónico). Por último, la previsión de sustituir la documentación por declaración responsable para poder licitar –que no para contratar– encuentra su fundamento en la técnica de la Declaración responsable que ahora, por impacto de la Directiva «Servicios» se recoge en la Ley 30/1992. Con la actual legislación de procedimiento –general y especial– nada impide que los poderes adjudicadores, a fin de cerciorarse de la aptitud del adjudicatario del contrato, puedan invitar a los candidatos o licitadores, respecto de la totalidad o parte de las

administrativas particulares y de prescripciones técnicas) por un documento de condiciones particulares (jurídicas, económicas y técnicas) del contrato. No se exigirá garantía provisional para participar en la licitación y la constitución de Mesa de contratación será potestativa. De no constituirse ésta, sus funciones las asumirán unas unidades técnicas, integradas al menos por dos personas que desempeñen actividades relacionadas con la materia objeto del contrato, o que hayan participado directamente en la tramitación del procedimiento.

La publicidad de este procedimiento simplificado se realizará únicamente en el perfil de contratante. En su tramitación se observarán los breves plazos que señala el artículo 10: plazo de presentación de proposiciones no inferior a diez días naturales, ni superior a veinte desde la publicación del anuncio de licitación en el perfil; cinco días hábiles para que el licitador propuesto como adjudicatario presente la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos al existir como regla general la declaración responsable (plazo que se complementa con el específico de diez días que establece el artículo 135 LCSP), y adjudicación del contrato en los diez días hábiles siguientes a la recepción de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos (se amplia el plazo de la LCSP, de cinco días, por cuestiones autoorganizativas, dado que el día inicial es desde que se acaba el plazo de cinco días, lo que supone que hay conformidad con los plazos LCSP[8]), notificándose la adjudicación de forma simultánea a

---

pruebas documentales consideradas, a que declaren por su honor que reúnen todos y cada uno de los requisitos a los que se supedita dicha aptitud; únicamente el licitador que haya presentado la mejor oferta deberá entonces presentar todos los certificados originales pertinentes dentro de un plazo establecido. Previsión que no es una novedad ya que la Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos se decanta por esta solución al permitir, ex artículo 54, que se pueda sustituir la documentación relativa a solvencia y capacidad por una declaración responsable, si así lo hubiera previsto el pliego. De igual manera el Reglamento comunitario 2342/2002, sobre normas de desarrollo del Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas, prevé generalizar el mecanismo de la declaración responsable para acreditar la situación personal del licitador en el marco de los criterios de selección cualitativa. El principio de eficiencia procedimental aconseja, por lo demás, esta interpretación con la que no se elude el cumplimiento de los requisitos sino que se difiere a un momento posterior, pero sólo de quien vaya a ser adjudicatario. En definitiva, este «nuevo» procedimiento no es sino una simplificación del procedimiento abierto, cuyos elementos estructurales se respetan. Simplificación y reducción de trámites que se justifica en la propia filosofía animada por la propia Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible y al Comisión Europea (Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE, recientemente publicado por los Servicios de la Comisión Europea) y que es de especial interés para favorecer el acceso de las PYMES al mercado de los contratos públicos.

8. Vid. José María Gimeno Feliu: «La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en mate-

su publicación en el perfil de contratante. Para la adjudicación podrá utilizarse la subasta electrónica regulada en el artículo 132 LCSP.

En el Capítulo dedicado a la simplificación y la eficiencia en materia de contratación electrónica, la Ley incluye en su artículo 14 una previsión sobre el momento a partir del cual se entenderá rechazada una notificación cuando se realiza por medios electrónicos (y no sólo cuando se trate de la adjudicación del contrato, como sucede con la contenida en el artículo 135.4 LCSP). Con ello se desplaza, en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, el plazo de espera de 10 días que se señala con carácter general en el artículo 28.3 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos[9].

Por otra parte, se recoge en esta Ley una previsión que anualmente ya venían recogiendo las sucesivas Leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón, como es la de entender implícita en la presentación de ofertas para participar en procesos de contratación la autorización al órgano gestor para recabar los certificados tributarios y de la seguridad social (artículo 15).

De manera similar a la anterior, el artículo 16 da entrada en los procesos de contratación al Sistema de Verificación de Datos de Identidad. De esta forma, se evita a los ciudadanos tener que presentar cada vez y para cada procedimiento una copia de su Documento Nacional de Identidad. A partir de ahora será el órgano gestor quien, cuando la normativa lo exija, pueda comprobar los datos de identificación personal de manera electrónica a través de este Sistema, regulado mediante la Orden PRE/3949/2006, de 26 de diciembre (BOE núm. 310, de 28 de diciembre).

Estas medidas se complementan con lo previsto en la parte final. Así, la Disposición adicional quinta determina la interconexión entre los

---

ria de Contratos del Sector Público de Aragón: Alcance y significado (Hacia la simplificación administrativa y la eficiencia en la gestión)».

9. Sobre esta medida señala la Exposición de motivos que: «… hace referencia a las notificaciones que el ente contratante dirija a los licitadores, tanto durante el proceso ordinario de contratación como en una posible fase de recurso. El artículo 135.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, establece un plazo inferior al previsto en la Ley 11/2007, de 22 de junio, para entenderla desestimada: 5 días naturales, pero sólo en relación con las notificaciones de las adjudicaciones. Por ello, la Comunidad Autónoma considera adecuado regular esta circunstancia para el resto de trámites administrativos, consiguiendo con ello una mayor agilidad en la tramitación de los procedimientos, y una mayor seguridad jurídica, pues se equiparan todos los plazos dentro de un mismo procedimiento».

perfiles de contratante de todos los poderes adjudicadores del sector público autonómico y la Disposición final segunda establece, de acuerdo con el artículo 27.6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, que, de manera preceptiva, las notificaciones de la Administración de la Comunidad Autónoma y sus Organismos Públicos, en el ámbito de los contratos sujetos a regulación armonizada y demás contratos susceptibles de recurso especial en materia de contratación, se realizarán exclusivamente mediante medios electrónicos[10].

4. MEDIDAS EN MATERIA SOCIAL Y MEDIOAMBIENTAL

4.1. MEDIDAS EN MATERIA SOCIAL

La Ley 15/2010, de 9 de diciembre, de responsabilidad social empresarial en Extremadura contiene en su artículo 12, para los supuestos de empate en la puntuación obtenida por dos o mas empresas, una prioridad en la adjudicación a favor de las proposiciones de los licitadores que hayan acreditado –en la fase justificación de la solvencia del procedimiento– su condición de «empresa socialmente responsable de la Comunidad Autónoma de Extremadura».

Esta previsión se completa con la contenida en el artículo 21 de la norma, en la que por una parte se reproduce la posibilidad de introducir condiciones especiales de ejecución del contrato, en los términos señalados en el artículo 102 LCSP, y, por otra, se faculta a la Junta de Extremadura a concretar en su ámbito de actuación, la reserva de contratos a Centros Especiales de Empleo, así como la de su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, en los supuestos previstos en la disposición adicional séptima de la LCSP.

10. Se trata ésta de una posibilidad basada en el artículo 27.6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, que permite imponer la obligatoriedad de comunicarse con las Administraciones Públicas utilizando sólo medios electrónicos, cuando los interesados se correspondan con personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos. En este caso, al tratarse únicamente de contratos que superen los umbrales comunitarios, parece claro que –por los importes de los contratos en cuestión– los empresarios que opten a su adjudicación están sobradamente preparados para recibir las notificaciones administrativas por medios electrónicos. Es más, se trata, en muchas ocasiones, de una exigencia por parte de los propios empresarios interesados en agilizar también al máximo los procedimientos administrativos. Por último, indicar que la Ley 11/2007, de 22 de junio, exige que tal previsión se establezca por norma reglamentaria; requisito que, en este caso, se ve cumplido al realizarse mediante una norma de rango legal.

En esta misma línea de reconocer únicamente la posibilidad para los órganos de contratación de la Comunidad de establecer la reserva de contratos, y que por tanto no constituye ningún avance respecto de la previsión general contenida en la disposición adicional séptima de la LCSP –que ya lo prevé[11]–, se inscribe la regulación contenida en el artículo 35 de la Ley 15/2010, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Galicia.

En este precepto, con más detalle que en el de la Ley extremeña que acaba de citarse, se establece lo siguiente:

> «Artículo 35. Reserva de contratos a centros especiales de empleo y empresas de inserción sociolaboral.
>
> Uno. De conformidad con lo que se dispone en el presente artículo, los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia y los demás entes del sector publico de ella dependientes podrán reservar la participación en determinados procedimientos de adjudicación de contratos a centros especiales de empleo y empresas de inserción laboral, siempre que su finalidad o su actividad, de acuerdo con sus normas reguladoras, estatutos o reglas fundacionales, tenga relación directa con el objeto del contrato.
>
> Dos. Los objetos contractuales susceptibles de reserva serán las obras y servicios de conservación y mantenimiento de bienes inmuebles, los servicios de conserjería, mensajería y correspondencia, los servicios de jardinería y forestal, de artes gráficas, de limpieza y lavandería, de restauración, de recogida y transporte de residuos, de fabricación de ropa de trabajo y servicios y de suministros auxiliares para el funcionamiento del sector público. Los órganos de contratación podrán ampliar la reserva a otros objetos contractuales atendiendo a su adecuación a las prestaciones de los centros y empresas a que se refiere el presente artículo.
>
> La reserva deberá mencionarse en el título del contrato y en el anuncio de licitación o invitación.
>
> Tres. El importe global de los contratos reservados será determinado por cada entidad con un límite mínimo del 3% y máximo del 5% del importe de los contratos adjudicados en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior mediante contratos menores o procedimientos negociados por razón de la cuantía.
>
> Cuatro. Las empresas y entidades beneficiarias de la reserva deberán estar legalmente constituidas e inscritas en los respectivos registros oficiales de la Comunidad Autónoma de Galicia:

11. En los términos previstos por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Las empresas de inserción deberán estar registradas conforme al Decreto 156/2007, de 19 de julio, que regula el procedimiento de calificación de las empresas de inserción laboral, crea su registro y establece las medidas para el fomento de la inserción sociolaboral.

Los centros especiales de empleo deberán estar legalmente constituidos y registrados conforme al Decreto 200/2005, de 7 de julio, por el que se regula la autorización administrativa y la inscripción en el Registro Administrativo de Centros Especiales de Empleo de Galicia, así como su organización y funcionamiento.

Asimismo, deberán encontrarse inscritas en el Registro de Contratistas regulado por el Decreto 262/2001, de 20 de septiembre, por el que se refunde la normativa reguladora del Registro General de Contratistas de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Cinco. Los contratos reservados deben someterse al régimen jurídico establecido por la normativa vigente reguladora de la contratación pública.

La reserva a centros especiales de empleo, cuando por lo menos el 70% de las personas trabajadoras sean personas con discapacidad, podrá aplicarse a procedimientos sin límite de cuantía.

En el caso de empresas de inserción laboral, la reserva se aplicará exclusivamente a través de contratos menores o procedimientos negociados por razón de la cuantía, de conformidad con lo que se establece en los artículos 122.3 y 161.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.

Se prohíbe expresamente el fraccionamiento del objeto del contrato».

En este ámbito de la reserva de contratos, hay que situar una de las novedades principales de la Ley 3/2011 de medidas de Aragón contenida en su artículo 7: la obligación –no ya la posibilidad– para determinados órganos de contratación de reservar, bien la participación en sus procesos de adjudicación o bien determinados aspectos de la ejecución del contrato, a Centros Especiales de Empleo y a Empresas de Inserción, en los siguientes términos:

«Artículo 7. Reservas sociales de contratos.

1. La Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y sus Organismos Públicos deberán reservar la participación en los correspondientes procedimientos de adjudicación de contratos de servicios, suministros y gestión de servicios públicos a Centros Especiales de Empleo, cuando al menos el 70 por 100 de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales, y a Empresas de Inserción, así como reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, en los términos establecidos en este artículo. En el caso de reservas de ejecución en el marco de programas de

empleo protegido, dichas reservas se podrán efectuar igualmente en contratos de obras.

En todo caso será necesario que las prestaciones se adecuen a las peculiaridades de tales entidades.

Los órganos de contratación podrán, en el ámbito de sectores objeto de contratación centralizada, contratar al margen de la misma si optan por reservar el contrato, siempre que los pliegos de cláusulas administrativas particulares del correspondiente procedimiento de contratación centralizada hayan previsto esta excepción.

2. La reserva podrá afectar al objeto íntegro del contrato o solo a uno o varios de los lotes del mismo.

3. Las entidades a las que se refiere el apartado 1 que quieran ser contratadas en cumplimiento de las medidas reguladas por este artículo deberán inscribirse previamente en el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón.

4. La reserva a Centros Especiales de Empleo o para la ejecución en el marco de programas de empleo protegido podrá aplicarse a contratos de cualquier cuantía.

En el caso de las Empresas de Inserción la reserva únicamente se efectuará sobre contratos no sujetos a regulación armonizada, exceptuando los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, de cuantía superior a 193.000 € o a la que resulte de aplicación por la normativa comunitaria.

5. Anualmente, la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma fijará los porcentajes mínimo y máximo del importe de estas reservas sociales a aplicar sobre el importe total anual de su contratación de suministros y servicios precisos para su funcionamiento ordinario realizada en el último ejercicio cerrado. Estos porcentajes podrán fijarse de manera diferenciada en función de los órganos de contratación o sectores materiales afectados.

A los efectos de elaborar el anteproyecto de Ley de Presupuestos, el Departamento competente en materia de inserción laboral de los colectivos beneficiarios de la reserva, previa consulta con las asociaciones empresariales representativas de dichos sectores, presentará al Departamento competente en materia de Economía la cifra de negocios correspondiente al año anterior de los distintos sectores empresariales beneficiarios de la reserva.

6. La concreción de los ámbitos, Departamentos, Organismos o contratos sobre los que se materializarán estas reservas se realizará mediante Acuerdo del Gobierno de Aragón, a propuesta conjunta del Departamento de Presidencia y del Departamento competente en materia de Economía.

7. En los anuncios de licitación correspondientes deberá hacerse referencia a la presente disposición.

> 8. Cuando, tras haberse seguido un procedimiento de un contrato reservado, no se haya presentado ninguna oferta o candidatura, o las ofertas no sean adecuadas, se podrá licitar de nuevo el contrato sin efectuar la reserva inicialmente prevista, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato. No obstante, el importe de dicho contrato computará a efectos de integrar los porcentajes mínimo y máximo citados en el apartado 5».

A concretar el porcentaje máximo y mínimo para el ejercicio 2011, al que alude al apartado 5 del precepto que acaba de trascribirse, se destina la Disposición transitoria cuarta de la Ley 3/2011:

> «Disposición transitoria cuarta. Reservas sociales de Contratos para el año 2011.
>
> A los efectos previstos en el artículo siete, los porcentajes mínimo y máximo de contratos reservados a los que se hace allí referencia para el ejercicio 2011 serán del 3% y 8%, respectivamente».

4.2. MEDIDAS EN MATERIA MEDIOAMBIENTAL

Menos relevantes y numerosas son las previsiones adoptadas en este período destinadas a introducir criterios medioambientales en la contratación pública. Así, junto a la genérica referencia contenida en el artículo 3 de la Ley 3/2011 de Aragón[12], el artículo 39 de la Ley 18/2010, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2011 prevé que, al amparo de lo previsto en el artículo 70 LCSP, la Junta de Extremadura promoverá la utilización, como criterio de valoración de la solvencia de los licitadores, de la posesión de certificados acreditativos del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental en los contratos con contenido y/o repercusión medioambiental que celebren los distintos órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Por su parte, el artículo 16 de la Ley 15/2010, de 10 de diciembre, de Prevención de la Contaminación Lumínica y del Fomento del Ahorro y Eficiencia Energéticos Derivados de Instalaciones de Iluminación en Castilla y León obliga a las entidades del sector público en el ámbito de esa Comunidad a incluir en los pliegos de prescripciones técnicas particulares de los contratos de obras, servicios, suministros o concesio-

12. Que incluye entre los principios rectores de la contratación los de búsqueda de la máxima eficiencia en la utilización de los fondos públicos y en el procedimiento, atendiendo a la consecución de objetivos sociales y de protección ambiental cuando guarden relación con la prestación solicitada y comporten directa o indirectamente ventajas para la entidad contratante.

nes que puedan verse afectados por la misma los requisitos que ha de cumplir necesariamente el alumbrado exterior para ajustarse a los criterios de prevención y corrección de la contaminación lumínica y ahorro energético establecidos por dicha Ley y sus normas de desarrollo.

Capítulo 5

Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos

MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN DE LAS NOVEDADES EN MATERIA DE EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS (2010-PRIMER TRIMESTRE 2011). 2. EL RÉGIMEN DE PAGO DE LOS CONTRATOS. *2.1. El plazo de pago de los contratos.* 2.1.1. La lucha contra la morosidad en las operaciones contractuales. Crónica de su evolución normativa. 2.1.2. La cuestión del ámbito subjetivo de la Ley 3/2004, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y del art. 200.4 LCSP tras su modificación por la Ley 15/2010, de 5 de julio. 2.1.3. Plazos de pago. La polémica en torno a la cuestión de su cómputo. 2.1.4. Régimen transitorio de adaptación de plazos de pago en los contratos públicos y Directiva 2011/7/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. *2.2. Los intereses de demora privilegiados. 2.3. La indemnización por los costes de cobro. 2.4. El nuevo procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones Públicas.* 2.4.1. La judicialización de las reclamaciones ¿una vía eficiente?. 2.4.2. Una opción alternativa: las reclamaciones ante el Tribunal Administrativo de recursos en materia de contratos. *2.5. Informes de morosidad y control de facturas en las Entidades Locales.* 3. EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS. *3.1. Consecuencias de la sistemática utilizada para abordar la regulación del régimen de modificación de los contratos. 3.2. La modificación de los contratos públicos: régimen general.* 3.2.1. Ámbito de aplicación del régimen de modificación de contratos públicos: las modificaciones por causas objetivas. 3.2.2. Modificaciones previstas en la documentación (Pliego o anuncio) que rige la licitación (art. 92.ter). 3.2.3. Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación (art. 92.quáter). 3.2.4. Una reflexión sobre las causas de modificación de los contratos no previstas en la documentación que rige el contrato. 3.2.5. Régimen transitorio. 4. NOVEDADES EN MATERIA DE CESIÓN DE CONTRATOS Y SUBCONTRATACIÓN. *4.1. Régimen especial de la cesión de los contratos para el caso de concurso del adjudicatario. 4.2. Novedades en el régimen de subcontratación (I): La excepción a la acción directa del subcontra-*

tista contra el dueño de la obra. 4.3. Novedades en el régimen de subcontratación (II): la celebración de subcontratos en el Proyecto de Ley de contratos del sector público en los ámbitos de la seguridad y la defensa. 5. EL CONTROL DE LOS INCIDENTES EN FASE DE EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS. *5.1. La necesidad de fomentar el arbitraje para la resolución de conflictos en materia de contratos públicos. 5.2. La ampliación del ámbito objetivo del recurso especial en materia de contratación pública y de la competencia de los Tribunales Administrativos encargados de su conocimiento.*

1. PRESENTACIÓN DE LAS NOVEDADES EN MATERIA DE EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS (2010-PRIMER TRIMESTRE 2011)

A lo largo de 2010 y durante el primer trimestre de 2011 han visto la luz una serie de normas que han venido a introducir importantes cambios en la ordenación del régimen jurídico de los contratos públicos[1]. La fase de ejecución de los mismos, la que se ocupa de sus efectos, cumplimiento y extinción no ha escapado a esas reformas como veremos a continuación, en la crónica normativa (que se ciñe a las normas que han incidido en la fase de ejecución de los contratos, obviando otras que también han modificado la LCSP en otros aspectos), sin perjuicio de un análisis mucho más pormenorizado en los apartados siguientes.

El Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, introdujo una serie de modificaciones en la LCSP para permitir la continuidad de la ejecución de los contratos administrativos en determinadas situaciones concursales (art. 4). Un tiempo más tarde, la Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España (Disposición Adicional Sexta) modificaba el régimen de la garantía definitiva en los contratos de concesión de obras públicas, para permitir su progresiva reducción durante la fase de explotación (ejecución del contrato). Por su parte, la Ley 15/2010, también de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales,

1. Como señala COLÁS TENAS, el Ordenamiento jurídico de la contratación del sector público parece seguir la misma suerte que describe el mito de Sísifo, a quien los dioses habían condenado a empujar, sin cesar, una roca hasta la cima de una montaña desde donde la piedra volvería a caer por su propio peso. No hay castigo más terrible que el trabajo inútil y sin esperanza. Este parece ser el sino de nuestra legislación contractual («La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía sostenible», en *Diario El Derecho*, en prensa).

modificaba los plazos de pago de los contratos públicos hasta reducirlos (progresivamente hasta 2013) a 60 días con carácter general y 30 días para los contratos administrativos. El cambio de concepción sobre el momento de perfección de los contratos públicos operado por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que ha quedado desplazado del momento de su adjudicación al de su formalización al objeto de poder presentar el recurso especial en materia de contratación antes de la celebración del contrato, ha traído como consecuencia la imposibilidad de que la ejecución del contrato comience antes de su formalización, ni siquiera cuando se trate de contratos con tramitación de urgencia, supuesto en el que se admitía tal posibilidad con arreglo al régimen anterior. Finalmente la reciente Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, ha establecido un nuevo régimen para la modificación de los contratos públicos (no sólo para los de naturaleza administrativa) al objeto de restringir su práctica, que había llamado incluso la atención de la Comisión europea.

Además de todo lo anterior, debemos anticipar la tramitación de algunas normas que, al igual que las anteriores, pueden incidir en la fase de ejecución de los contratos públicos. Así, se encuentra en tramitación un Proyecto de Ley de contratos del sector público en materia de seguridad y defensa, necesario para incorporar al ordenamiento jurídico español de las normas contenidas en la Directiva 2009/81/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, aprobada el 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, norma que contiene un novedoso régimen aplicable a la subcontratación en este ámbito, además de nuevas modificaciones en el articulado de la LCSP.

2. EL RÉGIMEN DE PAGO DE LOS CONTRATOS

Como antes anticipamos, la Ley 15/2010, de 5 de julio, modificó la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y también la LCSP. Las modificaciones principales consistieron en la reducción progresiva de los plazos de pago, con un calendario transitorio hasta el 1 de enero de 2013, y la introducción de un nuevo procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones públicas.

Además hemos de dar noticia de la reciente aprobación de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de febrero

de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales que modifica y refunde la anterior Directiva 2000/35, algunas de cuyas prescripciones habrán de ser incorporadas al Ordenamiento español antes del 16 de marzo de 2013, fecha límite para su transposición.

2.1. EL PLAZO DE PAGO DE LOS CONTRATOS

2.1.1. La lucha contra la morosidad en las operaciones contractuales. Crónica de su evolución normativa

Desde el ámbito europeo, la morosidad o incumplimiento de los plazos de pago en las operaciones comerciales ha sido considerada una amenaza para el buen funcionamiento del mercado interior, con independencia de que esas operaciones comerciales tengan lugar entre operadores privados o entre éstos y el sector público. La existencia de diferentes normas y prácticas de pago constituyen un obstáculo para el buen funcionamiento del mercado interior al limitar las operaciones comerciales entre Estados miembros, ya que los empresarios deben poder comerciar en todo el mercado interior en condiciones tales que garanticen que las operaciones transfronterizas no supongan mayores riesgos que las ventas en el mercado nacional, pudiendo distorsionar la competencia la aplicación de normas sustancialmente diferentes a las operaciones en el mercado nacional y a las transfronterizas. Especialmente en relación con las operaciones contractuales del sector público, y debido al volumen que representan y las consecuencias que derivan de la morosidad en las mismas, en su Recomendación de 12 de mayo de 1995, relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales, la Comisión ya señaló la conveniencia de garantizar la disciplina de las entidades adjudicadoras y de las empresas públicas en materia de pagos. Por ello, junto con otras recomendaciones, la Comisión invitaba en aquella ocasión a los Estados a tomar medidas para sensibilizar a todas las autoridades implicadas sobre las consecuencias que las demoras en los pagos tienen para la salud financiera de los operadores económicos[2].

2. Entre esas recomendaciones ya se preveía la de respetar un plazo de sesenta días para los pagos en el marco de los contratos públicos, realizar a todos los niveles controles regulares sobre los plazos de pago de las autoridades públicas, dando a conocer los resultados de forma oficial; prever el pago –simultáneo al pago del principal– de los intereses de demora adeudados en el caso de que se sobrepasen los plazos contractuales, cuando ello sea imputable a las entidades adjudicadoras o empresas públicas; así como adoptar las disposiciones necesarias para garantizar que se realice, en plazos razonables, el pago a los subcontratistas en el marco de los contratos públicos.

Cinco años después, en el convencimiento de que la morosidad constituye un incumplimiento de contrato que se hacía económicamente provechoso para los deudores a causa de los bajos intereses aplicados a los pagos que incurrían en mora y/o de la lentitud de los procedimientos de reclamación, por vía de Directiva (la 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales) se imponían medidas concretas para luchar contra la morosidad en las operaciones comerciales, entre las que destacan un plazo máximo de pago (supletorio en defecto de pacto en contrario) de 30 días naturales, el pago de unos intereses de demora privilegiados junto con una indemnización por los costes de cobro, la reserva de dominio por el acreedor en tanto no se produzca el pago, la regulación de un título ejecutivo que permita su cobro en un plazo no superior a 90 días naturales, etcétera.

De la necesidad de incorporación de esas medidas al Ordenamiento español resultó la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, una Ley especial que regulaba las medidas sustantivas contra la morosidad, y que, por medio de una disposición final, modificaba también el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio para regular el tipo de interés de demora e introducir el reconocimiento del derecho del acreedor a una indemnización por costes de cobro de la deuda. Igual adecuación requerían las disposiciones reguladoras de los pagos entre contratistas y subcontratistas y suministradores.

Transcurridos ya cinco años y medio desde su entrada en vigor, la Exposición de Motivos de la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, señalaba la necesidad adaptar esta última a los cambios producidos en el entorno económico. Los efectos de la crisis económica se han traducido en un aumento de impagos, retrasos y prórrogas en la liquidación de facturas vencidas, que está afectando a todos los sectores. En especial, está afectando a las pequeñas y medianas empresas, que funcionan con gran dependencia al crédito a corto plazo y con unas limitaciones de tesorería que hacen especialmente complicada su actividad en el contexto económico actual. Con el objetivo de atajar esas situaciones ha sido suprimida la posibilidad de *pacto entre las partes*, la cual a menudo permitía alargar significativamente los plazos de pago, siendo generalmente las PyMEs

las empresas más perjudicadas. La Ley señala ahora un plazo máximo de pago de 60 días con carácter general, que se reduce a 30 días para el caso de contratos administrativos[3], que serán eficaces a partir de 2013. Hasta entonces, las Disposiciones transitorias de la Ley 15/2010 y la introducida en la LCSP señalan un calendarios para ajustar progresivamente los plazos de pago a ese objetivo de 60 y 30 días respectivamente.

Por último, el 16 de febrero de 2011 fue aprobaba la Directiva 2011/7/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales que refunde la anterior del año 2000. Entre las novedades que incorpora esta nueva Directiva, con plazo de transposición hasta el 16 de marzo de 2013, destaca la elevación del interés de demora aplicable en supuestos de demora en el pago, que será el resultado de la suma del tipo de referencia[4] y «al menos ocho puntos porcentuales». Asimismo, se produce una novedosa regulación de la compensación por los costes de cobro (art. 6), que ascenderán, como mínimo, a una cantidad fija de

3. Como antecedentes de esta medida que ahora se generaliza pueden señalarse los Reales Decretos Leyes 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crean un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo y se aprueban créditos extraordinarios para atender a su financiación, y el Real Decreto-ley 13/2009, de 26 de octubre, por el que se crea el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local, que disponían (arts. 9.5 y 17.5 respectivamente) que «Los ayuntamientos tendrán la obligación de abonar a los contratistas el precio de las obras dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de expedición de las certificaciones de obra o de los correspondientes documentos que acrediten la realización parcial o total del contrato». El alcance limitado de la previsión contenida en esos Reales Decretos Leyes fue expresamente señalado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su informe 2/2009, de 11 de marzo de 2009: «no se puede interpretar el Real Decreto-ley 9/2008 como una nueva regulación general de la contratación pública. El Real Decreto-ley 9/2008 no innova con carácter general y duradero la Ley del Contratos del Sector Público: sólo contiene normas especiales y limitadas que desplazan, para el ámbito concreto y exclusivo de las obras financiadas con cargo al nuevo Fondo de Inversión Local, algunas normas procedimentales de la mencionada Ley; y, en modo alguno, deroga o desplaza los principios de la contratación que se contienen en el artículo 1 LCSP».
4. Se entenderá por «tipo de referencia» (art. 2.7 de la Directiva), cualquiera de los dos significados siguientes:
   a) respecto a los Estados miembros cuya divisa es el euro:
      i) el tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a sus operaciones principales de refinanciación más recientes, o bien
      ii) el tipo de interés marginal resultante de procedimientos de licitación a tipo variable para las operaciones principales de refinanciación del Banco Central Europeo más recientes;
   b) respecto a los Estados miembros cuya divisa no es el euro, el tipo equivalente establecido por sus bancos centrales nacionales.

40 euros, cantidad que deberá ser abonada de oficio, sin necesidad de recordatorio. Además de dicha cantidad el acreedor tendrá derecho a obtener del deudor una compensación razonable por todos los demás costes de cobro que superen la cantidad fija y que haya sufrido a causa de la morosidad de este, previéndose expresamente que en dicha cantidad pueda incluirse, entre otros, «los gastos que el acreedor haya debido sufragar para la contratación de un abogado o una agencia de gestión de cobro».

2.1.2. La cuestión del ámbito subjetivo de la Ley 3/2004, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y del art. 200.4 LCSP tras su modificación por la Ley 15/2010, de 5 de julio

Con ocasión de la Ley 15/2010 se ha producido una modificación en el ámbito subjetivo de la Ley 3/2004, dando lugar con ello a una polémica en relación al alcance subjetivo de la modificación operada, también por la Ley 15/2010, en el art. 200.4 LCSP.

A través de la Ley 15/2010 se ha modificado el concepto de «Administración» contenido en el art. 2 de la Ley 3/2004 («definiciones»), que ahora, a efectos de la Ley 3/2004, pasa a estar integrado por los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, de acuerdo con el artículo 3.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público[5]. Nótese que, como consecuencia de esta remisión, a efectos de la Ley 3/2004, el concepto de Administración pública se identifica con aquél otro que, con un diferente alcance, define la LCSP bajo la denominación de «poder adjudicador», concepto más amplio y dentro del cual se integra, pero sin agotarlo, el de Administración pública a efectos de la LCSP, que aparece definido en el apartado 2 de ese mismo art. 3 LCSP.

Con la redefinición del ámbito de aplicación subjetivo la norma española se ajusta mucho mejor a lo dispuesto por la Directiva 2000/35, que al igual que la reciente 2011/7, se refería a «poderes públicos», término con el que se designaba a toda autoridad o entidad contratante tal como se definía en las directivas sobre contratación pública (92/50/CEE,

5. En su redacción original, por Administración a efectos de la Ley 3/2004 debían entenderse «…las Administraciones públicas, organismos y entidades previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 1 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio». En dichos apartados se hacía referencia a las Administraciones públicas territoriales (Estado, Comunidades Autónomas y Administración Local) (apdo. 2) y a los organismos autónomos y entidades de derecho público creadas (apdo. 3).

93/36/CEE, 93/37/CEE y 93/38/CEE), y que ahora se identifica con el de «poder adjudicador» tal como se define en el artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/17/CE y en el artículo 1, apartado 9, de la Directiva 2004/18/CE, con independencia del objeto o valor del contrato.

Sin embargo, las especialidades que en relación con el pago del precio de los contratos administrativos se establecen por la propia Ley 15/2010 mediante la modificación del art. 200.4 LCSP (Cfr. art. 3 de la primera) han hecho plantear la cuestión de la aplicabilidad de dicho precepto a entidades que no tienen la consideración de Administración pública a efectos de la LCSP, pero sí que son Administración a efectos de la Ley 3/2004, por tener la condición de poder adjudicador. En efecto, la regla general del pago a 60 días contenida en el art. 4 de la Ley 3/2004 en la redacción dada a dicho precepto por la Ley 15/2010 queda excepcionada, sin embargo, en relación con el pago de los contratos de las Administraciones públicas, para las cuales el art. 200.4, en la redacción dada igualmente por el art. 3 de la Ley 15/2010, dispone un plazo máximo de pago de 30 días.

Tras la Ley 15/2010 algún autor ha intentado defender la aplicabilidad de la regla del prevista para el plazo de pago de los contratos administrativos a entidades que no tienen la consideración de Administración pública a efectos de la LCSP, pero que sí son Administración pública a efectos de la Ley 3/2004. Se ha alegado para ello que el concepto de Administración que deriva de la modificación de la Ley 3/2004 por la Ley 15/2010 debe proyectarse también, con la misma acepción, sobre el art. 200.4 LCSP, igualmente modificado por la Ley 15/2010[6]. Para el caso de aceptarse tal interpretación, resultaría que el art. 200.4 LCSP, y en consecuencia, la regla del pago del precio a 30 días, resultaría de aplicación no sólo a los contratos administrativos, sino a los celebrados por cualquier poder adjudicador.

Quizás esa interpretación no esté alejada de las pretensiones del legislador, plasmadas en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2010, y que según se advierte, han quedado reducidas en la práctica a sólo algunas entidades[7]. Efectivamente, desde allí se hacía notar al presentar los

6. En este sentido se pronuncia J.M. Gimeno Feliu, *Las reformas legales de la Ley 30/2007, de contratos del sector público. Alcance y efectos prácticos*, Colección de Cuadernos de la Cátedra de Derecho Local de Aragón de la Editorial Civitas, p. 23.
7. No puede entenderse que esta falta de concordancia haya sido debida a un olvido o un error involuntario dada la complejidad de las personificaciones instrumentales del sector público. Ya lo puso de manifiesto el Consejo de Estado en su dictamen de 18 de marzo de 2010, sobre el Proyecto de Ley de economía sostenible en el que,

contenidos de la norma la intención de reducir a un máximo de treinta días los plazos de pago no de las Administraciones públicas ni de los poderes adjudicadores sino del *sector público*.

Sin embargo, aceptar lo anterior conduciría a admitir el distinto alcance de un mismo concepto dentro también de una misma norma, postura que parece haber admitido, con referencia precisamente a este concepto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 6/2011, de 10 de febrero, al afirmar que el concepto de Administración no es necesariamente unívoco en el ámbito de la contratación pública.

No es ésta, sin embargo, la interpretación que nosotros proponemos. A nuestro juicio, el concepto de Administración tiene un sentido (o alcance) distinto según la norma de cuya aplicación se trate. Expondremos, siquiera brevemente, los motivos que sustentan nuestra postura.

En primer lugar, es cierto que la Ley 15/2010 altera el significado del concepto de Administración, pero lo hace «a efectos de la Ley 3/2004» exclusivamente, y no «a efectos de la LCSP», pues para lo segundo hubiera sido necesario, en buena técnica normativa, modificar el art. 3.2 LCSP, lo cual no ha sucedido.

En segundo lugar, si se observa atentamente la redacción del art. 200.4 LCSP podrá comprobarse que la remisión que el mismo realiza a la Ley 3/2004 queda acotada a dos específicas previsiones, los intereses de demora aplicables en caso de incumplimiento del plazo de pago y la indemnización por los costes de cobro, reguladas en los arts. 7 y 8 de la Ley 3/2004, respectivamente. Esa remisión del art. 200.4 LCSP a la Ley 3/2004 no es, por tanto, al particular concepto de Administración que maneja esa Ley, sobre todo, tras su modificación por la Ley 15/2010.

En tercer lugar, desde el punto de vista sistemático, la regulación del pago del precio contenida en el art. 200.4 únicamente se proyecta sobre los contratos administrativos, esto es, según el art. 19 LCSP, sobre aquellos que han sido celebrados por una entidad que, a efectos de la LCSP, tiene la consideración de Administración pública. Así cabe inferirlo de su inclusión en el Título III del Libro IV de la LCSP que se

---

inicialmente, se contenía también un Capítulo III del Título II en el que se regulaba a reducción de la morosidad en las operaciones comerciales: que no existía concordancia entre los distintos términos manejados por el Proyecto sin que a los efectos de la regulación que se contemplaba fuera indiferente el concepto de sector público, poder adjudicador, o Administración pública.

dedica, precisamente, a los «efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos». No se ha precisado la unificación del régimen jurídico del pago de los contratos públicos, con independencia de su naturaleza administrativa o privada, cuando se podía haber hecho, de la misma manera que ha sucedido con la cuestión de la modificación de los contratos (Cfr. apdo. 3 de la Disp. Final Decimosexta de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, que modifica el art. 20.2 LCSP). Además, el régimen de efectos y extinción de los contratos privados, esto es, los que han sido celebrados por entidades del sector público pero que no tienen, insistimos, a efectos de la LCSP, la condición de Administración pública, se rigen por el derecho privado, tal y como dispone el art. 20.2 *in fine* LCSP.

Por último, y en cuarto lugar, confirma nuestra interpretación la introducción en la LCSP (nuevo art. 200.bis), también por la Ley 15/2010, de un procedimiento especial para hacer efectivas deudas, al que más adelante nos referiremos, que sólo es posible ejercitar ante Administraciones públicas «a efectos de la LCSP» y ello por cuanto el particular foro en que se discute la pretensión del acreedor, la jurisdicción contencioso-administrativa a la que se accede por la vía del recurso contra la inactividad (art. 25.2 de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa), no es accesible para todos los poderes adjudicadores que no sean Administración al ser la jurisdicción civil la competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados (art. 21.2 LCSP), contratos privados que son, precisamente, los que celebran los poderes adjudicadores no Administración pública (art. 20.1 LCSP).

En atención a los motivos anteriores entendemos, por tanto, que no hay una acepción del concepto de Administración en el art. 200.4 LCSP diferente a la prevista en el art. 3.2, por más que dicho precepto haya sido modificado por una Ley, la 15/2010, que introduce, pero a efectos de una Ley distinta, una acepción del concepto de Administración distinta de la que deriva del art. 3.2 LCSP y que se identifica con el concepto de poder adjudicador que también define la LCSP, pero en su art. 3.3.

En consecuencia, y coincidiendo con lo apuntado por S. DEL SAZ, la tan traída y llevada reducción del plazo de pago de sesenta a treinta días para el sector público queda limitada a los contratos administrativos, quedando el resto de los poderes adjudicadores que no son administraciones públicas y el resto de entidades del sector público, sometidos al

mismo régimen de pago que el resto de las empresas privadas, esto es a los sesenta días generales que impone la ley para todos los contratos que se celebren a partir de su entrada en vigor , el mismo plazo que se imponía, aunque solo para los contratos administrativos, por la modificación que sobre el art. 99.4 del Texto Refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) operó la Ley 3/2004[8].

La polémica sobre el diferente plazo de pago, 30 o 60 días, en los contratos del sector público, en función de que se trate de contratos administrativos o privados, queda un tanto desvirtuada, o mejor dicho, con una vigencia definida en el tiempo, con la aprobación de la Directiva 2011/7 que debe ser incorporada al Ordenamiento interno antes del 16 de marzo de 2013. El art. 4.3 de la Directiva 2011/7 determina como regla general un plazo de pago de 30 días naturales, con lo que, de esta manera, y salvo que se introduzca alguna excepción al amparo de lo previsto en el apartado 4 de ese mismo art. 4 de la Directiva[9], el plazo de pago de los contratos de los poderes adjudicadores quedará unificado a 30 días en un futuro próximo.

2.1.3. Plazos de pago. La polémica en torno a la cuestión de su cómputo

La Ley 15/2010 modifica el art. 200.4 LCSP en el sentido de establecer la obligación para la Administración de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a «la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato».

Una primera advertencia que ha de realizarse es que esos treinta días deben entenderse naturales y no hábiles. El hecho de que el art.

8. «La incidencia de las medidas de lucha contra la morosidad en los pagos del Sector público» *Revista General de Derecho Administrativo* 25 (2010), págs. 8-9.
9. Dicho precepto dispone la posibilidad de que los Estados miembros puedan ampliar el plazo de 30 días hasta un máximo de 60 días naturales cuando se trate de:
   a) poderes públicos que realicen actividades económicas de carácter industrial o mercantil y entreguen bienes o presten servicios en el mercado y que, en su calidad de empresas públicas, estén sometidos a los requisitos en materia de transparencia recogidos en la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas;
   b) entidades públicas que presten servicios de asistencia sanitaria y que estén debidamente reconocidas para ello.

200.4 no señale nada acerca del carácter hábil o natural de esos días hace que entre en juego la previsión de la Disposición Adicional Decimoquinta LCSP y por tanto, el cómputo haya de entenderse en días naturales (no obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, éste se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente).

La novedosa reducción del plazo de pago de los contratos administrativos a 30 días ha reavivado la polémica ya existente en relación con el *dies a quo* para su cómputo. Según el art. 200.4 LCSP el cómputo del plazo de 30 días se iniciará a partir del día siguiente «a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato», regla que es continuista con la redacción anterior del precepto, y que coincide igualmente con el antiguo art. 99.4 TRLCAP. Cuando no proceda la expedición de certificación de obra, por ejemplo, por tratarse de contratos de servicios o suministros, el *dies a quo* será el día siguiente al de presentación de un documento que acredite la realización total o parcial del contrato. Parece que, entre esos documentos que acreditan la realización total o parcial de la prestación, la LCSP incluiría a las facturas, aunque en realidad dicho documento no produce esos efectos, siendo necesario un acto formal de recepción o conformidad con la prestación (imagínese, por ejemplo, el caso de una factura errónea, que no contiene los datos imprescindibles, o el supuesto en el que no hay conformidad con la prestación realizada y facturada). Sin embargo, el mismo art. 200.4 LCSP indica que, cuando la fecha de recibo de la factura o solicitud de pago equivalente se preste a duda, o sea anterior a la recepción de las mercancías o a la prestación de los servicios, el plazo de treinta días se contará desde dicha fecha de recepción o prestación. *Sensu contrario*, si no hay duda sobre la fecha de recibo de la factura, será esa fecha, la de su presentación, la que determine el *dies a quo* del plazo de 30 días.

En el plano presupuestario, para el reconocimiento de una obligación (art. 73.4 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria –en adelante LGP–, art. 189 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales –TRRL–, y en un sentido similar se pronuncian las normas autonómicas sobre Hacienda), a los efectos de ordenar su pago y abonar materialmente la cantidad debida (arts. 73.1.d y e LGP y 184.1.c y d TRRL) no parece que sea suficiente con la acreditación del cumplimiento mediante la expedición de certificaciones de obras u otros documentos, sino que a ello habría que añadir la obliga-

ción de que los empresarios emitan factura (así lo señala el art. 2.2.f del Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, y se modifica el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido), para lo cual disponen del plazo de un mes a contar desde el momento en que se entiende realizada la operación (art. 9 del mismo Real Decreto 1496/2003). Esa obligación formal (adicional) que se deriva del Real Decreto 1496/2003 de presentar la factura para que pueda ser reconocida la obligación de la Administración ha llevado a interpretar en alguna ocasión que el *dies a quo* para el pago en los 30 días siguientes es la fecha de presentación de la factura[10], incluso en los contratos de obras. Ese es precisamente el criterio que sigue la Directiva 2011/7, que señala como *dies a quo* para el pago el día después a «la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente» (art. 3.3.b.i)[11], regla a la que debería acomodarse la normativa española de contratos públicos antes de que resulte de aplicación dicha Directiva el 16 de marzo de 2013. Además, un criterio similar es el que utiliza la propia LCSP, por ejemplo, para determinar el *dies a quo* del plazo para cumplir con la obligación de pago del contratista principal con subcontratistas y suministradores. Así, el art. 211.2 y 3 LCSP indican que el contratista debe obligarse a abonar a los subcontratistas o suministradores el precio pactado en unos plazos y condiciones que no podrán ser más desfavorables que los previstos en el artículo 200.4 para las relaciones entre la Administración y el contratista. Esos plazos se computarán no desde el día siguiente al de presentación de la factura sino «desde la fecha de aprobación por el contratista principal de la factura emitida por el sub-

10. Se ha llegado a argumentar, sobre la base del art. 5.2 de la Ley 15/2010, que obliga que toda factura o documento contractual sea registrada previamente por Intervención, que en los contratos de suministros y servicios, el *dies a quo* es el siguiente ala fecha de entrada *en el Registro de Intervención* de la factura. Si hubiera sido registrada en el Registro General deberá darse instrucciones para que inmediatamente sea remitida al Registro de Facturas y documentos justificativos dependiente de Intervención. Así lo entiende, por ejemplo, la Circular del Colegio de Secretarios Interventores de Administración Local de 1 de diciembre de 2010.

11. Ésa es la regla general, aunque hay algunas excepciones: si la fecha de recibo de la factura o de la solicitud de pago equivalente resulta dudosa, 30 días naturales después de la fecha de recepción de los bienes o de la prestación de los servicios; si el deudor recibe la factura o la solicitud de pago equivalente antes que los bienes o servicios, 30 días naturales después de la fecha de recepción de los bienes o de la prestación de los servicios; si legalmente o en el contrato se establece un procedimiento de aceptación o de comprobación en virtud del cual deba verificarse la conformidad de los bienes o los servicios con lo dispuesto en el contrato y si el deudor recibe la factura o la solicitud de pago equivalente a más tardar en la fecha en que tiene lugar dicha aceptación o verificación, 30 días naturales después de dicha fecha.

contratista o el suministrador, con indicación de su fecha y del período a que corresponda», señalándose además que «la aprobación o conformidad deberá otorgarse en un plazo máximo de treinta días desde la presentación de la factura. Dentro del mismo plazo deberán formularse, en su caso, los motivos de disconformidad a la misma».

Sin embargo, tal interpretación es contraria a la literalidad de la Ley, que señala como *dies a quo* para inicio del plazo de pago de los contratos de obras el día siguiente a «la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato».

Respecto de los contratos de suministros y de servicios, en los que no hay certificaciones de cumplimiento total o parcial del contrato, la solución podría ser la incorporación a la documentación que rija la ejecución del contrato de un acto formal de recepción o conformidad de la prestación, estableciendo un plazo para ello. Así se ha hecho precisamente en los nuevos modelos de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, adaptados a la modificación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, operada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y a las previsiones de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, relativos a contratos de obras, servicios, suministros (general y modalidad arrendamiento con opción de compra) y gestión de servicios públicos –modalidad concierto y concesión– a adjudicar por procedimiento abierto; obras, suministros, servicios y gestión servicios públicos por procedimiento negociado (con y sin publicidad), además del relativo al contrato de suministro por Acuerdo Marco del artículo 9.3ª.a) LCSP (procedimiento abierto, varios criterios de adjudicación y procedimiento negociado sin publicidad), señalando que ese acto de recepción o conformidad se realizará «dentro del mes siguiente a la realización del objeto del contrato, o en el plazo que se establezca en el Pliego de Prescripciones Técnicas».

Junto a ese trámite formal de recepción y conformidad, los referidos modelos de Pliegos, señalaban en las cláusulas relativas a los abonos al contratista la presentación de la factura como momento desde el que computar el plazo de pago del artículo 200.4 LCSP. Sin embargo, esa prescripción fue censurada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su informe 13/2011, de 4 de mayo, que versaba sobre esos modelos de Pliegos. Señalaba la Junta Consultiva que aun cuando una Administración Pública es evidente que no puede proceder al pago de una prestación sin disponer de la necesaria factura que cumpla los re-

quisitos legal y reglamentariamente establecidos, y que sin emitir ésta el contratista carecería de título exigible frente a la Administración, en los términos del artículo 200 bis LCSP, lo cierto es que la actual regulación contenida en el artículo 200.4 LCSP sitúa el momento del inicio del computo del plazo de pago en «la fecha de expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato», por lo que deben ajustarse a este régimen las previsiones a introducir en los Pliegos. Se sugiere en este punto que la expresión «Las facturas deberán abonarse en el plazo máximo previsto en el artículo 200 LCSP, a computar desde la fecha de su recepción, con la transitoriedad prevista en su Disposición Transitoria octava» se sustituya, según los casos, por «Los trabajos/servicios/suministros/obras deberán abonarse en el plazo máximo previsto en el artículo 200 LCSP, con la transitoriedad prevista en su Disposición Transitoria octava».

El problema que en el fondo subyace en relación con el *dies a quo* para el pago es el cálculo del subsiguiente *dies a quo* para el abono de los intereses de demora, en el caso de retraso en el cumplimiento de ese plazo de pago que se haya establecido.

Admitir que el pago de los contratos debe realizarse en el plazo de treinta días desde el siguiente al que se emita la certificación de la obra o el documento que acredite la realización de la prestación, transcurridos los cuales procede el abono de los intereses de demora, pero someter el reconocimiento de la obligación, la ordenación del pago y su abono material (desde el punto de vista contable) a que se haya presentado la correspondiente factura supondría dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento del contrato, situación proscrita por el art. 1256 del Código Civil. Quedaría a criterio del contratista la fijación del momento en que procedería el reconocimiento de la obligación (el momento de presentar la factura) y por tanto la orden de su pago, sin suspender el *dies a quo* para el abono de intereses, en caso de que la factura se presentara más allá de los treinta días desde la realización de la prestación. Debe entenderse, por lo tanto, que el tiempo que el proveedor tarde en cumplir con su obligación de presentar la factura expedida no puede perjudicar los plazos de pago ya acortados para la Administración, máxime con las nuevas gravosas consecuencias si se retrasa.

Llegados a este punto, parece que la normativa presupuestaria debe interpretarse en el sentido de considerar como documentos que justifican el reconocimiento de la obligación las certificaciones de obras o, en contratos distintos de los de obras, los documentos que protocolicen los actos de

recepción o comprobación de la prestación, de conformidad con el art. 205.2 LCSP. De esa manera, desde el día siguiente al de emisión de la certificación o documento que acredite la recepción o conformidad con la prestación, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 200.4 LCSP, comenzará el *dies a quo* para el pago del precio, y ello sin perjuicio de la obligación del contratista de expedir y remitir la correspondiente factura.

Como medida complementaria a dicha interpretación, en los contratos de obras, los Pliegos que rijan la ejecución del contrato podrían incluir una disposición delimitadora del plazo para la emisión de las certificaciones de obra por la Administración, en el sentido de reducirlo, y lo mismo para la presentación de la factura por el contratista. Así se ha incluido en el modelos de Pliegos informados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en el antecitado informe 13/2010, donde se señala que la emisión de las certificaciones de obra por la Administración se producirá en los cinco días siguientes al mes al que correspondan, ya que el plazo de diez días fijado en el artículo 215 LCSP es un plazo máximo (artículo 150 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre), y se ha reducido también a 5 días el plazo para que el contratista presente la factura, una vez aprobada la certificación, entendiendo que la reducción de los plazos de pago de la Administración operada por la actual regulación aconseja que los trámites intermedios necesarios para que ésta pague, se doten de un régimen mas ágil. Lo que en definitiva se propone no es otra cosa que reducir, haciéndolo constar oportunamente en los pliegos, el plazo para la presentación de la factura y que, de conformidad con el art. 9 del Real Decreto 1496/2003, es de un mes desde la realización de la prestación.

Una fórmula análoga podría incluirse también en los Pliegos del resto de figuras nominadas o, al menos, en los de servicios y suministros de tracto sucesivo, donde puede ser conveniente prever un plazo mas reducido para la presentación de las correspondientes facturas.

2.1.4. Régimen transitorio de adaptación de plazos de pago en los contratos públicos y Directiva 2011/7/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales

En cuanto a la efectividad de los plazos de pago establecidos con ocasión de la reforma tanto de la LCSP como de la Ley 3/2004 por la Ley 15/2010, su Disposición Transitoria primera dispone su aplicación

únicamente «a todos los contratos celebrados con posterioridad a su entrada en vigor (el 7 de julio de 2010, según la Disposición Final única)», por lo que no resultan afectados los plazos de pago concertados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2010.

Ahora bien, tampoco a partir de la entrada en vigor de la Ley 15/2010 resultan de aplicación los plazos de pago establecidos, que retrasan su plena efectividad hasta el 1 de enero de 2013. La Ley 15/2010 diseña, eso sí, unos calendarios para la progresiva adaptación de los plazos de pago a consignar en los contratos públicos, que se deducen de sus Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera, y de la nueva Disposición Transitoria octava que se introduce en la LCSP.

La Disposición Transitoria segunda de la Ley 15/2010 determina que, con carácter general, el plazo de pago de 60 días que establece el art. 4 de la Ley 3/2004, se ajustará progresivamente para aquellas empresas que vinieran pactando plazos de pago más elevados, de acuerdo con el siguiente calendario:

Período	Plazo máximo de pago
Desde 7.7.2011 hasta 31.12.2011	85 días
Desde 1.1.2012 hasta 31.12.2010	75 días
A partir de 1.1.2013	60 días

La entrada en vigor de la Directiva 2011/7/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales obligará a una nueva adaptación (o mejor dicho, a la prolongación de este calendario de adaptación de los plazos de pago), al haber fijado como regla general en su art. 4.3 un plazo máximo de pago de 30 días naturales (desde la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente). Ese nuevo plazo de pago, junto con el resto de disposiciones de la Directiva, debe ser incorporado al Ordenamiento nacional antes del 16 de marzo de 2013 (fecha de vencimiento del plazo de transposición de la Directiva), por lo que, salvo modificación en contrario, el calendario establecido por la Disposición Adicional segunda de la Ley 15/2010 debería ser completado con un nuevo tramo con el siguiente hito y plazos de pago:

Período	Plazo máximo de pago
A partir de 16.3.2013	30 días

Respecto de los pagos de las Administraciones públicas a sus con-

tratistas, el art. 3 apartado Tres de la Ley 15/2010 introduce una Disposición transitoria octava en la LCSP que determina progresiva adaptación de los plazos de pago de los contratos administrativos al de 30 días *siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato*, que resultará de aplicación a partir del 1 de enero de 2013:

Período	Plazo máximo de pago
Desde 7.7.2011 hasta 31.12.2010	55 días
Desde 1.1.2011 hasta 31.12.2011	50 días
Desde 1.1.2012 hasta 31.12.2012	40 días
A partir de 1.1.2013	30 días

Junto a lo anterior, la Disposición Transitoria tercera de la Ley 15/2010 establece también un calendario de adaptación de los plazos máximos para el pago por las empresas constructoras de obra civil que mantengan vivos contratos de obra con las diferentes Administraciones Públicas, a sus proveedoras y/o subcontratistas los siguientes plazos máximos de pago, de conformidad con el siguiente calendario de aplicación sin que puedan existir pactos entre las partes por encima de dichos plazos y fechas.

Período	Plazo máximo de pago
Desde 7.7.2011 hasta 31.12.2011	120 días
Desde 1.1.2012 hasta 31.12.2012	90 días
A partir de 1.1.2013	60 días

2.2. LOS INTERESES DE DEMORA PRIVILEGIADOS

Para el caso de incumplimiento del plazo de pago establecido, el obligado al mismo incurrirá en mora y deberá pagar el interés pactado en el contrato o el fijado por la Ley, sin necesidad de aviso de vencimiento ni intimación alguna por parte del acreedor (art. 5 Ley 3/2004).

El art. 7 de la Ley 3/2004 determina que el interés de demora que deberá pagar el deudor será el que las partes hayan previsto en el contrato. En defecto de pacto entre las partes, o cuando ese pacto no resulte posible, el tipo de interés de demora aplicable resultará de la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación[12] efectuada antes del primer día del semestre e

12. Por tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a sus operaciones principales de financiación se entenderá el tipo de interés aplicado a tales operaciones en caso de subastas a tipo fijo. En el caso de que se efectuara una operación principal

natural de que se trate más siete puntos porcentuales. En relación con este tipo de interés legal de demora, debe significarse la previsión contenida en el art. 2.6 de la Directiva 2011/7/UE, que al definirlo señala que «es igual a la suma del tipo de referencia *y al menos ocho puntos porcentuales*», circunstancia que obligará de nuevo a modificar el art. 7 de la Ley 3/2004 antes de que venza el plazo de transposición de la misma.

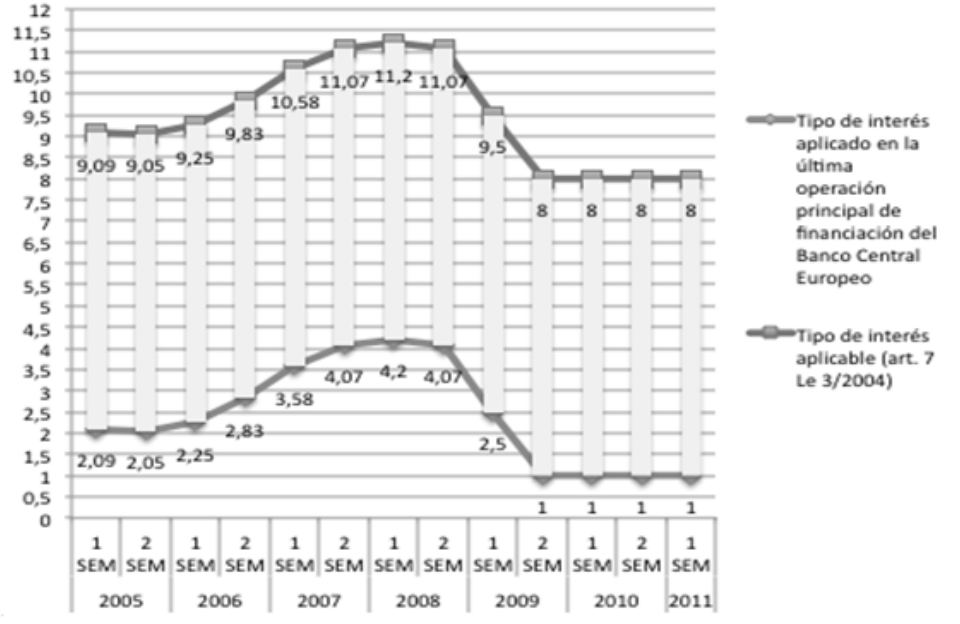
El tipo legal de interés de demora se aplica durante los seis meses siguientes a su fijación. Por tal motivo, semestralmente, la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Hacienda publica en el *Boletín Oficial del Estado* el tipo de interés resultante por la aplicación de la norma contenida en el art. 7.2 de la Ley 3/2004.

		Tipo de interés aplicado en la última operación principal de financiación del Banco Central Europeo	Tipo de interés aplicable (art. 7 Ley 3/2004)	Resolución de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera
2005	1 Sem	2,09	9,09	18 de enero de 2005
	2 Sem	2,05	9,05	30 de junio de 2005
2006	1 Sem	2,25	9,25	29 de diciembre de 2005
	2 Sem	2,83	9,83	28 de junio de 2006
2007	1 Sem	3,58	10,58	28 de diciembre de 2006
	2 Sem	4,07	11,07	26 de junio de 2007
2008	1 Sem	4,2	11,2	2 de enero de 2008
	2 Sem	4,07	11,07	27 de junio de 2008
2009	1 Sem	2,5	9,5	30 de diciembre de 2008
	2 Sem	1	8	30 de junio de 2009
2010	1 Sem	1	8	29 de diciembre de 2009
	2 Sem	1	8	30 de junio de 2010
2011	1 Sem	1	8	28 de diciembre de 2010

La evolución de los tipos de interés aplicables a sus operaciones de financiación por el BCE (y la consecuencia de la aplicación de la previsión del art. 7.2 de la Ley 3/2004) pueden verse en el siguiente gráfico:

---

de financiación con arreglo a un procedimiento de subasta a tipo variable, este tipo de interés se referirá al tipo de interés marginal resultante de esa subasta.



No obstante la posibilidad de que las partes pacten el tipo de interés aplicable en caso de incumplimiento del plazo de pago, en materia de contratos públicos, la específica regulación de los celebrados por una entidad de las que, a efectos de la LCSP, tengan la consideración de Administración pública, hace ineficaz esa posibilidad de pacto. Así cabe deducirlo de la remisión contenida en el art. 200.4 LCSP, que no lo es a los intereses pactados sino a «… los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales». En este sentido, la propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ya manifestó en su informe 5/05, de 11 de marzo de 2005 que «por un argumento sistemático, si la Ley suprime la libertad de pactos en cuanto a plazos de pago, la misma supresión debe mantenerse en cuanto al tipo de interés de demora», circunstancia ésta que determina la imposibilidad de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares un tipo de interés de demora distinto al previsto en el apartado 2 del artículo 7 de la Ley 3/2004, por cuanto para los contratos administrativos está excluida la posibilidad de pacto.

Con independencia de lo anterior, conviene significar que la solución que se propugna como consecuencia de la interpretación de la Ley

3/2004, consistente en la eliminación del pacto en el tipo de interés, debe jugar exclusivamente respecto de las entidades que, a efectos de la LCSP, tienen la consideración de Administración pública según lo dispuesto en su art. 3.2, en cuanto entidades sujetas a lo dispuesto en el art. 200.4 LCSP. La no sujeción de una Entidad del Sector público (a efectos de la LCSP) a dicho precepto (que sistemáticamente se ubica, recordemos, en el Capítulo III –Ejecución de los contratos– del Libro IV de la Ley, dedicado a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos *administrativos*) determinará entonces la vigencia de la libertad de pacto sobre el tipo de interés aplicable. Ahora bien, si esto es así en el plano formal, una interpretación funcional del precepto (en realidad, del régimen jurídico de los contratos al margen de su naturaleza administrativa o privada) conduciría a extender esa imposibilidad de pacto de un tipo de interés menor en cualquier contrato del sector público[13].

13. Comienzan a no resultar infrecuentes manifestaciones de esa interpretación funcional de las prescripciones de la LCSP. Como ejemplos paradigmáticos pueden citarse dos Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, los núms. 6/2011, de 10 de febrero, relativo a la inembargabilidad de los derechos de cobro, y 14/2011, de 12 de mayo, relativo a la obligación de motivación de las Resoluciones de adjudicación de los contratos públicos.
En el primero de esos informes se aborda la cuestión de la inembargabilidad de los abonos a cuenta que procedan por la ejecución del contrato a que se refiere el artículo 200.7 LCSP. El citado artículo se encuentra dentro del título dedicado a las normas de ejecución de los contratos administrativos, esto es, de conformidad con el artículo 19 LCSP los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, según la delimitación que a efectos de esta ley efectúa el artículo 3.2. De este concepto de Administración Pública (y por lo tanto de contratos administrativos) se excluyen las entidades públicas empresariales. Ello plantearía por lo tanto, atendiendo a una interpretación literal del artículo 200.7, la inaplicación del mismo a contratos actualmente celebrados por este tipo de entidades por no ser contratos administrativos sino privados. Sin embargo, la JCCAr entiende que parece prudente realizar una interpretación teleológica no formal, que atienda al hecho de que el privilegio de la inembargabilidad tiene por función proteger o garantizar el normal desarrollo de la obra o prestación pública, siendo a tal efecto indiferente el elemento subjetivo. En esta lógica, bien puede defenderse que la prerrogativa de la inembargabilidad se predica del sector público que tenga la consideración de poder adjudicador –sea o no Administración Pública–, al residenciarse en todos ellos la misma causa pública en todas sus licitaciones a proteger con la inembargabilidad, siempre que dichos abonos se encuentre afectados a un fin o servicio público. Y es que la citada STC 169/1993 explica y justifica la regla de la inembargabilidad sobre la base de la mejor realización y conclusión de la obra pública (y no del carácter o no de Administración pública formal del poder adjudicador).
En el mismo sentido, en el segundo informe se indica que, en relación con a la motivación de las adjudicaciones, que las Instrucciones para la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada que son objeto del Informe limitan la aplicación del artículo 135.4 LCSP a los contratos susceptibles de recurso especial, mientras que para el resto de los contratos la información sobre la motivación de la

En relación con este abono de los intereses de demora, cuando resulten procedentes, el *dies a quo* vendrá determinado por el vencimiento del plazo establecido para el pago voluntario, que dependerá del tipo de entidad obligada a ese pago, y del calendario transitorio de plazos de pago que se ha establecido. En cuanto al *dies ad quem*, la regla viene siendo considerar la fecha de pago efectiva. Así lo ha entendido precisamente, en caso de pago por transferencia bancaria (modo habitual) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 3 de abril de 2008 (As. C-306/06, *Telecom GmbH*), en relación con el pago de intereses de demora reclamados por un supuesto retraso en el pago de facturas, señalando que «el momento determinante a fin de apreciar si, en el marco de una operación comercial, puede considerarse efectuado a tiempo un pago, excluyendo así que el crédito pueda dar lugar a la percepción de intereses de demora en el sentido de la referida disposición, es la fecha en la que se consigna la cantidad adeudada en la cuenta del acreedor» (Cfr. apdo. 28 de la Sentencia)[14]. Sin embargo, una reciente

---

adjudicación parece condicionarse a la previa solicitud de los interesados. Tal previsión –señala la JCCAr– no es correcta, por cuanto la exigencia del referido requisito de motivación resulta de aplicación para todo contrato, independientemente de su importe, ya que su fundamento es garantizar la eficacia de una eventual reclamación, de tal manera que la notificación de la adjudicación deberá tener un contenido equivalente al que dispone el artículo 135.4. En este sentido conviene recordar –en aplicación del artículo 3 de la Ley 3/2011–, la doctrina del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 3/2011, de 7 de abril, al indicar en cuanto a la notificación de la adjudicación que debe realizarse a los licitadores, que la finalidad de dicha notificación es que se comunique, *«con suficiente detalle, cuál es el resultado de la licitación, y las razones que han llevado al órgano de contratación a adoptar una decisión en tal sentido, tal y como recoge expresamente el Preámbulo de la Ley»*. Por ello, en este punto deben ser objeto de corrección estas Instrucciones.

14. La cuestión prejudicial tenía por objeto la interpretación del artículo 3, apartado 1, letra c), inciso ii), de la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que dispone que:

«1. Los Estados miembros velarán por que:...

c) el acreedor tendrá derecho a intereses de demora en la medida en que:...

ii) no haya recibido a tiempo la cantidad debida, a menos que el deudor pueda probar que no es responsable del retraso».

La cuestión prejudicial se proyectaba sobre la conformidad de dicho precepto con una normativa nacional según la cual, para el pago mediante transferencia bancaria, que evita el comienzo de la mora del deudor o la cancela, no es la fecha del abono de la cantidad en la cuenta del acreedor, sino la fecha de la orden de transferencia del deudor aceptada por el banco [la que es tomada en consideración], siempre que en su cuenta haya fondos suficientes o el deudor disponga de crédito suficiente?. Pues bien, el Tribunal de Justicia señala que: «En este contexto, una interpretación que exija que el deudor realice su transferencia en una institución financiera en los plazos previstos establecería un equilibrio adecuado entre los intereses del acreedor y los del deudor, habida cuenta, en particular, de que el tiempo necesario para la

Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de los de Madrid (Procedimiento núm. 12/2010, de 28 de marzo de 2011) ha estimado, que ese *dies ad quem* lo constituye la fecha en que se ordena la transferencia, con independencia de cuándo el acreedor reciba materialmente el dinero. El motivo, según señala la Sentencia, es que los intereses se devengan no hasta el día de la percepción material del importe de la factura, sino hasta la fecha en la que la Administración proceda a su pago mediante la puesta a disposición del importe, que generalmente es mediante transferencia. La Sentencia justifica esta decisión en la escasa diferencia de días que suele haber entre la orden y la recepción, lo que es inherente al propio sistema de pago elegido, sin que pueda ser tenida en cuenta a efectos indemnizatorios.

2.3. LA INDEMNIZACIÓN POR LOS COSTES DE COBRO

El art. 8 de la Ley 3/2004 (en su redacción dada por la Ley 15/2010) regula la indemnización por los costes de cobro a que tiene derecho el acreedor y a la que se refería la Directiva 2000/35 al reconocer el derecho de los acreedores a obtener, salvo que el deudor no fuese responsable del retraso, una compensación razonable por todos los costes de cobro que hubiese sufrido a causa de la morosidad de éste.

El precepto dispone, con carácter general, que «cuando el deudor incurra en mora, el acreedor tendrá derecho a reclamar al deudor una indemnización por todos los costes de cobro debidamente acreditados que haya sufrido a causa de la mora de éste». En el proceso de determinación de esos costes de cobro habrán de tomarse en consideración los principios de transparencia y proporcionalidad, que se aplicarán respecto a la deuda principal. En cualquier caso, dispone el precepto, «la indemnización no podrá superar, en ningún caso, el 15% de la cuantía de la deuda, excepto en los casos en que la deuda no supere los 30.000 euros en los que el límite de la indemnización estará constituido por el

---

ejecución de una orden de transferencia depende del procesamiento de la operación por los bancos y no de la acción del deudor. En estas condiciones, no sería razonable hacer soportar los eventuales retrasos debidos a los plazos de gestión de las operaciones bancarias a un deudor que haya actuado de buena fe realizando su transferencia a tiempo, a saber, antes de la expiración del plazo de pago.» (Cfr. apdo. 20). De la Directiva resulta que «el pago del deudor se considerará realizado con retraso, a efectos de la exigibilidad de intereses de demora, en la medida en que el acreedor no disponga de la cantidad adeudada en la fecha de expiración del plazo señalado. Ahora bien, en caso de pago realizado mediante transferencia bancaria, sólo la consignación de la cantidad adeudada en la cuenta del acreedor permitirá a éste disponer de la referida cantidad.» (Cfr. apdo. 25).

importe de la deuda de que se trate». La posibilidad de establecer un límite máximo a estas indemnizaciones por los costes de cobro aparecía expresamente señalada en la Directiva 2000/35 (art. 3.1.e). Sin embargo, la Directiva 2011/7 ya no hace referencia a la posibilidad de que los Estados miembros fijen un «techo» a la indemnización por los costes de cobro, motivo por el cual esta previsión del art. 8 de la Ley 3/2004 quizás debería ser revisada.

La Directiva 2011/7 se ocupa de esta cuestión en su art. 6, ampliando de manera notable la genérica previsión que se contenía al respecto en la Directiva 2000/35. Así, señala el precepto, «los Estados miembros se asegurarán de que, en los casos en que resulte exigible el interés de demora en las operaciones comerciales, el acreedor tenga derecho a cobrar al deudor, como mínimo, una cantidad fija de 40 euros». Es importante destacar que la señalada es una cantidad mínima que el acreedor tiene derecho a percibir en concepto compensación por los trámites impulsados para requerir el pago de lo debido. Su devengo es automático, como dispone la propia Directiva: «los Estados miembros se asegurarán de que la cantidad fija mencionada en el apartado 1 sea pagadera sin necesidad de recordatorio como compensación por los costes de cobro en que haya incurrido el acreedor». Y además, a nuestro juicio, no precisa de justificación por parte del acreedor de haber incurrido en gastos por dicho importe.

De manera adicional, pues los 40 euros son una cantidad fija, el acreedor tendrá derecho a obtener del deudor una compensación razonable por todos los demás costes de cobro que superen la cantidad fija y que haya sufrido a causa de la morosidad de este. Lógicamente, la obtención de esa compensación adicional está sujeta a la justificación de que el acreedor haya incurrido en gastos superiores a los 40 euros para impulsar la reclamación de pago al deudor.

En el ámbito objetivo de esta compensación adicional se incluyen «todos los demás costes de cobro» sin exclusiones. A título de ejemplo, «entre otros», la Directiva indica que la indemnización podría incluir los gastos que el acreedor haya debido sufragar para la contratación de un abogado, algo que sucederá, necesariamente, cuando se pretenda utilizar el nuevo procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones públicas, que no tiene carácter administrativo sino judicial, siendo necesario para comparecer en el mismo la asistencia de un abogado, en todo caso, y en algunos (cuando se actúe ante órganos colegiados), conferir la representación a un procurador de los Tribunales (art. 23 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Con-

tencioso-Administrativa, «LJ»). Cuando se prefiera no judicializar la reclamación, y se utilicen los servicios de una agencia de gestión de cobro o de otros profesionales (incluidos también los abogados), el acreedor también podrá repercutir el coste de su contratación integrándolo en su indemnización por los costes de cobro. Igualmente podría incluir esa indemnización, a nuestro juicio, el importe que representan las penalizaciones o «mayores descuentos» que aplican las entidades financieras a los acreedores, cuando los títulos de pago les son endosados o «descontados» y el deudor no cumple con el plazo de pago pactado o que le resulta legalmente exigible.

2.4. EL NUEVO PROCEDIMIENTO PARA HACER EFECTIVAS LAS DEUDAS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

2.4.1. La judicialización de las reclamaciones ¿una vía eficiente?

En su considerando núm. 20, la Directiva 2000/35 advertía que «las consecuencias de la morosidad sólo pueden ser disuasorias si van acompañadas de procedimientos de reclamación *rápidos* y *eficaces* para el acreedor». Insistiendo en esa idea, la Directiva 2011/7/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales incorpora en su art. 10 la previsión de que los acreedores puedan obtener un título ejecutivo de sus derechos de crédito, incluso a través de un procedimiento acelerado, e independientemente del importe de la deuda, normalmente en un plazo de 90 días naturales[15] a partir de la presentación de la demanda o de la solicitud por parte del acreedor ante el tribunal u otra autoridad competente, siempre que no haya habido impugnación de la deuda o de cuestiones del procedimiento.

La previsión contenida en el art. 200.bis LCSP, introducido por la Ley 15/2010, anticipó para las relaciones contractuales de las Administraciones públicas la previsión que ahora se contiene en el art. 10 de la Directiva 2011/7. En efecto, dicho precepto incorpora un procedimiento especial para hacer efectivas las deudas de las Administraciones Públicas, según el cual, una vez transcurrido el plazo a que se refiere el artículo 200.4 LCSP, los contratistas podrán reclamar por escrito a la Ad-

15. Según el apartado 3 de ese mismo art. 10 de la Directiva, al calcular el período de 90 días no se tendrán en cuenta los plazos requeridos para notificación ni los retrasos ocasionados por el acreedor, como por ejemplo los plazos para subsanar demandas o recursos no admisibles.

ministración contratante el cumplimiento de la obligación de pago y, en su caso, de los intereses de demora. Si, transcurrido el plazo de un mes, la Administración no hubiera contestado, se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago y los interesados podrán formular recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, pudiendo solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda. Aquí si que la nueva regulación supone una avance con respecto a la regulación anterior, pues introduce una especialidad[16] en relación con el recurso contencioso-administrativo por inactividad de la Administración, sujeto con carácter general para su interposición, según el art. 29.1 LJ, a un plazo de espera de tres meses desde la reclamación de cumplimiento realizada, plazo en el que la Administración puede dar cumplimiento a lo solicitado o llegar a un acuerdo con los interesados.

Debe llamarse la atención sobre el hecho de que la inactividad de la Administración no supone el reconocimiento de la procedencia del pago de la cantidad que se le reclame, sino tan sólo el vencimiento del plazo para el mismo. Así puede deducirse de la posterior regulación de la medida cautelar que prevé el art. 200.bis LCSP consistente en el pago cautelar de la cantidad reclamada, que procederá salvo que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago o que la cuantía reclamada no corresponde a la que es exigible, en cuyo caso la medida cautelar se limitará a esta última.

En el seno del procedimiento a que de lugar el recurso contencioso-administrativo por inactividad, el órgano judicial ordenará cautelarmente el pago de la cantidad reclamada, cuando tal medida sea instada por el acreedor, como es la regla general que resulta del art. 129 LJ («Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia»). La oposición a la adopción de tal medida por la Administración no podrá fundarse en este caso en la perturbación grave de los intereses generales que pudiera suponer (excepción que contempla expresamente el art. 136 LJ para los supuestos de recurso por inactividad), pues como ya hemos señalado, el art. 200.bis LCSP únicamente contempla la posibilidad de

16. En nuestra opinión la mera especialidad en cuanto al plazo no alcanza para considerarlo un «nuevo y especial supuesto de inactividad de la Administración» como afirman J. Punzón Moraleda y F. Sánchez Rodríguez: «Comentario a las modificaciones introducidas por la Ley 15/2010, de 5 de julio –modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre de 2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales– y su afectación a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector público –LCSP–», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* núm. 49, 2010, pág. 172.

no adoptar la medida cautelar de pago cuando la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago o que la cuantía reclamada no corresponde a la que es exigible, en cuyo caso la medida cautelar se limitará a esta última.

Como última especialidad del proceso, finalizado el mismo, la sentencia condenará en costas a la Administración demandada en el caso de estimación total de la pretensión de cobro.

No obstante todo lo anterior, este nuevo procedimiento de reclamación sólo resulta de aplicación cuando el deudor sea una de las entidades que, según el art. 3.2 LCSP, tengan la condición de Administración pública. La necesidad de que los títulos ejecutivos puedan ser obtenidos por los acreedores también respecto de otras entidades sujetas igualmente a la Directiva 2011/7, en particular, el resto de poderes adjudicadores, determina que en el instrumento de transposición de la misma haya de preverse un procedimiento para hacer efectivas sus deudas, cuando se incumplan los plazos de pago. Entendemos que difícilmente puede extenderse a estos casos el procedimiento diseñado en el art. 200.bis LCSP por el particular foro en que se discute la pretensión del acreedor, recordemos, la jurisdicción contencioso-administrativa a la que se accede por la vía del recurso contra la inactividad (art. 25.2 de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa), siendo que es la jurisdicción civil la competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados (art. 21.2 LCSP), contratos privados que son, precisamente, los que celebran los poderes adjudicadores no Administración pública (art. 20.1 LCSP).

Una última cuestión en relación con este nuevo procedimiento es la relativa a su «entrada en vigor». La Disposición transitoria primera de la Ley 15/2010 dispone su aplicación «a todos los contratos celebrados con posterioridad a su entrada en vigor» con lo que pudiera pensarse que la posibilidad de utilizar el procedimiento recogido en al art. 200.bis LCSP sólo se proyectaría sobre deudas derivadas de contratos adjudicados con posterioridad al 6 de julio de 2010 (al día siguiente de su publicación, de conformidad con la Disposición Final única), fecha de entrada en vigor de la Ley 15/2010. Sin embargo, entendemos que esta interpretación puede ser contraria al efecto que con la instauración de un nuevo procedimiento para hacer efectivas las deudas con las Administraciones públicas se pretende. En este sentido, y al no tratarse de una medida sustantiva (como es el nuevo plazo de pago a 30 días) sino de naturaleza procesal, podría entenderse que el procedimiento previsto

en el art. 200 *bis* LCSP puede seguirse para las reclamaciones de pago que se efectúen con posterioridad al 6 de julio de 2010 aunque el origen de los créditos a que obedecen se encuentre en contratos celebrados con anterioridad a dicha fecha. Esta interpretación funcional únicamente se proyectaría sobre el mecanismo procesal para permitir hacer efectiva la deuda, si bien los aspectos materiales (por ejemplo, el plazo en que procede el pago) que resulten de aplicación serán los determinados por la norma vigente en el momento de adjudicación del contrato.

2.4.2. Una opción alternativa: las reclamaciones ante el Tribunal Administrativo de recursos en materia de contratos

Frente a la solución adoptada por el legislador de utilizar un procedimiento contencioso-administrativo con especialidades, entendemos que cabrían otras de acceso más fácil para los acreedores, con plazos de resolución más breves, y por qué no decirlo, también más económicas.

Debe recordarse en este sentido la reciente creación de un órgano que tiene por objeto específico la resolución de conflictos que pueden surgir con motivo de la celebración de contratos públicos. Nos referimos al Tribunal Administrativo Central (o a los Autonómicos) de recursos en materia de contratos públicos, dentro del cual podría crearse una Sección que se ocupara de conocer de las reclamaciones de pago de los contratistas que derivan de la ejecución de contratos públicos.

Entendemos que las posibilidades de intervención de este órgano de naturaleza administrativa (aunque se le denomine «Tribunal») no han sido agotadas, y que sus especiales características, su independencia de la entidad contratante, y su especialización en materia de contratos públicos, lo convierten en un órgano especialmente idóneo para intervenir en cualesquiera aspectos que traigan causa de la celebración de un contrato público. Por el momento, su ámbito de actuación ha quedado reducido únicamente a las fases de preparación y adjudicación de los contratos públicos, pero bien podría intervenir para poner fin a conflictos que se presenten durante la fase de ejecución de los mismos, donde puede ser necesario un pronunciamiento, por ejemplo, en relación con la modificación de un contrato o, por qué no, como proponemos, en relación con la procedencia o no de un pago y el abono de los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro.

La atribución al Tribunal o Tribunales especiales en materia de contratos públicos presenta, a nuestro juicio, indudables ventajas frente a vía judicial por la que se ha optado. En primer lugar porque, al tratarse

de un procedimiento administrativo y no judicial, se libera al acreedor de incurrir en más gastos para reclamar su crédito. Para intervenir en el mismo no es necesario acudir asistido de abogado (algo imprescindible en el Orden jurisdiccional contencioso-administrativo) ni representado por procurador. En segundo lugar, los especiales requisitos exigidos a los miembros de los Tribunales garantizarían a las partes un adecuado desarrollo del proceso (independencia del órgano decisor, *iura novit curia*, igualdad de trato). En tercer lugar, se unificarían los procedimientos de reclamación de deudas, con el beneficio que ello supone para la seguridad jurídica de los operadores económicos. No sería necesario un procedimiento distinto en función de que se tratara de reclamaciones de pago contra Administraciones públicas o contra otros poderes adjudicadores, pues el mismo Tribunal ya está conociendo de reclamaciones en materia de contratos frente a unas y otros de manera indistinta. Y además, en cuarto lugar, se descargaría de trabajo a la ya de por sí sobrecargada Administración de Justicia, con lo que los plazos de resolución de las reclamaciones serían mucho más breves que los de resolución de un recurso contencioso-administrativo.

Para el caso de implementar la solución propuesta, a la vía judicial únicamente se accedería por vía de recurso contra la decisión adoptada por el Tribunal. Y el hecho de que se recurriese la decisión no de un órgano cualquiera sino de un órgano especializado en la materia estamos seguros de que haría pensárselo dos (o más veces) a quien hubiese resultado vencido en el proceso anterior. Por si todavía quedara algún indeciso o valiente, en ese momento debería entrar en juego la medida cautelar de pago, que se adoptaría sin excepciones posibles, con condena al pago de las costas para aquella de las partes cuyas pretensiones (de cobro o de improcedencia de pago) fuesen rechazadas por el Juzgado o Tribunal competente.

La adopción de la medida que proponemos *lege ferenda* requeriría, sin duda, de algunos ajustes. Quizás el más importante fuera la extensión del ámbito de actuación del Tribunal a contratos no sujetos a regulación armonizada, algo que resulta perfectamente compatible con las normativa europea de la que trae causa la creación del Tribunal (recuérdese, la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 , por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de

contratos públicos) y que ha sido reclamado tanto por órganos consultivos[17] como por parte de la doctrina[18].

2.5. INFORMES DE MOROSIDAD Y CONTROL DE FACTURAS EN LAS ENTIDADES LOCALES

De la Ley 15/2010 nacen asimismo algunas obligaciones de cara a mantener actualizada, y de forma oficial, la morosidad de las Administraciones públicas. En este caso no se ha optado por la creación de un «observatorio de la morosidad de las Administraciones públicas» sino que se pretende estar al día sobre la cuestión presentando trimestralmente la información. Así, el art. 4 de la Ley 15/2010 dispone para el ámbito de las Administraciones General del Estado y Locales, la obligación del Interventor General del Estado y de los Tesoreros o, en su defecto, Interventores de las Corporaciones locales, respectivamente, de elaborar un informe con carácter trimestral sobre el cumplimiento de los plazos previstos en la Ley 15/2010 para el pago de las obligaciones de cada Entidad, que incluirá necesariamente el número y cuantía global de las obligaciones pendientes en las que se esté incumpliendo el plazo. Las Comunidades Autónomas establecerán su propio sistema de información trimestral pública sobre el cumplimiento de los plazos previstos para el pago.

En el caso de las Entidades locales, el control de dichos informes se establece por dos vías. La primera, la presentación al Pleno para su

17. Por ejemplo, en su informe núm. 18/2008, de 21 de julio, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, señalaba que frente al aparente avance que supone el recurso especial en materia de contratación, sin embargo existe un importante elemento distorsionador de su aplicación, y que consiste en que el mencionado recurso sólo está previsto para determinados actos dictados por el órgano de contratación en el seno de procedimientos sujetos a regulación armonizada, pero no para esos mismos actos adoptados en contratos no sujetos a regulación armonizada.

18. Quizás la primera voz crítica con este sistema de recurso especial ceñido a los «grandes contratos» fue la de GIMENO FELIU (Novedades de la Ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos, Civitas, 2010, págs. 312-313) para quien supone un evidente incumplimiento del principio comunitario de equivalencia. En el mismos sentido ya nos pronunciamos en «Nueva configuración del recurso especial en materia de contratación pública. Comentario al Proyecto de Ley por el que se adapta la Ley de Contratos del Sector Público a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007», en Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, núm. 100, 2010, págs. 31-44, y más recientemente, también J.A. MORENO MOLINA, La reforma de la Ley de contratos del Sector público en Materia de recursos, La Ley, Madrid, 2010, pág. 97.

debate[19]. La segunda, la obligación de remitir los informes a los órganos competentes del Ministerio de Economía y Hacienda y, en su respectivo ámbito territorial, a los de las Comunidades Autónomas que, con arreglo a sus respectivos Estatutos de Autonomía, tengan atribuida la tutela financiera de las Entidades locales. No está prevista sanción para el caso de que no se envíen esos informes, si bien se advierte que «tales órganos podrán igualmente requerir la remisión de los citados informes». La información así obtenida podrá ser utilizada por las Administraciones receptoras para la elaboración de un informe periódico y de carácter público sobre el cumplimiento de los plazos para el pago por parte de las Administraciones Públicas.

Para la elaboración de dicho informe, los Tesoreros o Interventores de Administración local podrán ayudarse de la información que aporte el Registro de facturas de la Administración local que debe crearse en cada entidad y cuya gestión corresponderá a la Intervención u órgano de la Entidad local que tenga atribuida la función de contabilidad (Cfr. art. 5 de la Ley 15/2010). En ese Registro se incluirán todas las facturas y demás documentos emitidos por los contratistas a efectos de justificar las prestaciones realizadas por los mismos, debiendo anotarse con carácter previo a su remisión al órgano responsable de la obligación económica.

En cuanto a los efectos de la inscripción de una factura en el Registro, señala el propio art. 5 de la Ley 15/2010 que transcurrido un mes desde la anotación en el Registro de la factura o documento justificativo sin que el órgano gestor haya procedido a tramitar el oportuno expediente de reconocimiento de la obligación, derivado de la aprobación de la respectiva certificación de obra o acto administrativo de conformidad con la prestación realizada, la Intervención o el órgano de la Entidad local que tenga atribuida la función de contabilidad requerirá a dicho órgano gestor para que justifique por escrito la falta de tramitación de dicho expediente.

19. La Intervención u órgano de la Entidad local que tenga atribuida la función de contabilidad incorporará al informe trimestral al Pleno una relación de las facturas o documentos justificativos con respecto a los cuales hayan transcurrido más de tres meses desde su anotación en el citado registro y no se hayan tramitado los correspondientes expedientes de reconocimiento de la obligación o se haya justificado por el órgano gestor la ausencia de tramitación de los mismos. El Pleno, en el plazo de 15 días contados desde el día de la reunión en la que tenga conocimiento de dicha información, publicará un informe agregado de la relación de facturas y documentos que se le hayan presentado agrupándolos según su estado de tramitación.

3. EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Hasta el momento, las Directivas europeas han centrado su atención en la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, dejando de lado la cuestión de su ejecución, en general, y de la modificación de los mismos, en particular. Esa tendencia puede invertirse próximamente. En el *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente* [COM (2011) 15 final] publicado el 27 de enero de 2011, la Comisión ha señalado que algunos problemas que pueden plantearse durante la fase de ejecución pueden afectar gravemente a la no discriminación entre licitadores y a la solidez de la contratación pública en general, planteándose la cuestión de si las normas de la UE deben proporcionar instrumentos específicos que permitan a los poderes adjudicadores tratar más eficazmente estos problemas. La consulta lanzada a través del Libro Verde pretende determinar si hace falta una aclaración jurídica al nivel de la UE para establecer las condiciones en las que la modificación de un contrato exige un nuevo procedimiento de adjudicación[20].

El régimen jurídico de modificación de los contratos en el Derecho europeo es una construcción del Tribunal de Justicia, que se ha ocupado de recordar la transversalidad de los principios generales de la contratación pública, y en particular los de no discriminación, el de igualdad de trato y el de transparencia, circunstancia que determina su proyección también a la fase de ejecución de los contratos. A través de casos paradigmáticos como los resueltos el 29 de abril de 2004 (As. C-496/99, *Succhi di Frutta*), el 19 de junio de 2008 (As. C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*), o el 13 de abril de 2010 (As. C-91/08, *Wall AG*), el Tribunal de Justicia ha ido elaborando la doctrina aplicable a los supuestos de variación de las condiciones de ejecución con posterioridad a la adjudicación de un contrato público.

---

20. Esa aclaración podría hacer referencia también a las posibles consecuencias de esas modificaciones (por ejemplo, proporcionar un procedimiento de contratación más sencillo para la licitación del contrato modificado). En ese sentido, se han lanzado las siguientes preguntas:
    39. ¿Deberían las Directivas sobre contratación pública regular la cuestión de las modificaciones sustanciales de un contrato durante su período de validez? En tal caso, ¿qué elementos de aclaración propondría?
    40. Cuando deba organizarse un nuevo procedimiento de licitación a raíz de la modificación de una o más condiciones esenciales, ¿estaría justificada la aplicación de un procedimiento más flexible? ¿De qué procedimiento podría tratarse?

La LCSP, en su redacción original, regulaba la modificación de los contratos administrativos (principalmente) en el art. 202, señalando que una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podría introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debida mente su necesidad en el expediente y sin que tales modificaciones pudieran afectar a las condiciones esenciales del contrato. Sin embargo, la Comisión Europea entendió que las posibilidades de modificación de los contratos previstas en la LCSP [en particular en los arts. 155.b), 158.b), 194, 195, 202, 206, 207, 216, 217, 220, 221, 225, 226, 232, 241, 243, 244, 245, 246, 262, 272, 275, 258, 282 y 284] eran ilimitadas[21], y por tanto, eran contrarias a las Directivas de contratos públicos, y así se lo hizo saber al Reino de España a través de una carta de emplazamiento enviada el 8 de mayo de 2006, a la que siguió un posterior dictamen motivado el 2 de diciembre de 2008[22], al no satisfacerle la respuesta ofrecida mediante carta de 4 de julio de 2008[23].

En este contexto, resulta obvio que el régimen de modificación de los contratos públicos precisaba de una «seria» revisión, acometida ahora[24] a través del apartado séptimo de la Disposición Final Decimo-

21. Así lo reconoce la propia Abogacía General del Estado en su Circular 1/2011 sobre el régimen de la modificación de los contratos del Sector público, al afirmar que en la práctica administrativa, y puesto que conforme a la legislación anterior la modificación no tenía, en sentido estricto, un límite cuantitativo, pues el umbral del 20% (en más o en menos) del precio del contrato sólo actuaba como causa de resolución a voluntad del contratista, han venido siendo muy frecuentes las modificaciones que rebasaban ese límite y a las que los contratistas no se oponían, resultado al que contribuía especialmente la práctica habitual de efectuar bajas considerables en las ofertas que luego eran compensadas con las modificaciones.
22. El Dictamen motivado ha sido finalmente retirado por la Comisión con fecha 6 de abril de 2011.
23. Un detenido análisis de la necesidad de adaptación de la LCSP a las Directivas comunitarias puede verse en VÁZQUEZ MATILLA «La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de Abril y la Ley de Contratos del Sector Público» en Revista Española de Derecho Administrativo núm. 143.
24. No obstante, en el Informe y Conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública publicado en 2004 y que sirvió de base para la elaboración de la LCSP de 2007 ya se indicaba que «las modificaciones en el contrato pueden desvirtuar el carácter competitivo de la adjudicación inicial, en la medida en que el contrato que efectivamente se ejecuta y su precio no son aquellos por los que se compitió. Además, la posibilidad de introducir modificaciones genera problemas de riesgo moral, dado que, en ocasiones, mediante estas modificaciones puede buscarse el objetivo de reequilibrar o rentabilizar un contrato para el que, inicialmente, se había pujado excesivamente a la baja. Este tipo de riesgos es evitable por la Administración a través de una dirección facultativa rigurosa, aspecto que, por lo tanto, parece preciso reforzar».

sexta de la Ley 2/2011, de 4 de febrero, de Economía sostenible, que introduce un nuevo Título (V) en el Libro I de la LCSP, dedicado a la «Modificación de los contratos». Justifica esa revisión del régimen de la modificación de los contratos no sólo su inadecuación al Derecho de la Unión Europea, sino el hecho de que las modificaciones de contratos «desproporcionadas» y en fraude legal, quebrando el principio de concurrencia y de igualdad de trato han sido señaladas como un indicio de prácticas corruptas[25]. Ante tales prácticas es hora de indignarse[26]. Ni la Administración Pública, ni el sector público, ni mucho menos la sociedad española, puede tolerar la existencia de la más mínima sospecha en cuestiones que afectan a la transparencia y honradez de los hábitos públicos. Como bien apunta COLÁS TENAS, las normas no las hacen buenas quienes las aprueban, sino quienes las aplican. Es necesario mudar costumbres, abandonar prejuicios, y, con ánimo sereno y templado, reconocer que la *«era del reformado»* ha terminado[27].

3.1. CONSECUENCIAS DE LA SISTEMÁTICA UTILIZADA PARA ABORDAR LA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN DE MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

La LES introduce en el Libro I de la Ley, el que se ocupa de la «Configuración general de la contratación del Sector público y los elementos estructurales de los contratos», un nuevo Título, el V, dedicado a la «Modificación de los contratos», cuestión hasta el momento regulada (con carácter general) en el art. 202 LCSP, incluido en el Libro IV, dedicado al «cumplimiento, efectos y extinción de los contratos administrativos», esto es, los celebrados por una entidad de las que tienen la consideración de Administraciones públicas «a efectos de la Ley» (art. 3.2 LCSP). Esta opción sistemática no resulta indiferente, pues sólo ese cambio de ubicación de la regulación tiene consecuencias en el ámbito práctico. La primera diferencia que se observa con respecto a la regula-

25. Como señala GIMENO FELIU, con las modificaciones contractuales injustificadas no sólo se daña al erario público por el sobrecoste que va a suponer ese contrato, sino que constituye un fraude al principio de selección objetiva del contratista, puesto que al final el precio pagado por la prestación objeto del contrato es con mucho la más onerosa de las ofertas presentadas («La Ley de contratos del Sector público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 147, págs. 526 y 529).
26. F. SOSA WAGNER y M. FUERTES LÓPEZ: «Corrupción: ¡indignaos!», Diario El Mundo de 8 de marzo de 2011.
27. «La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía sostenible», en *Diario El Derecho*, en prensa.

ción anterior es que las nuevas reglas sobre modificación de los contratos no se vinculan al ejercicio de una prerrogativa por parte de una Administración pública en el seno de un contrato administrativo, sino que se proyectan sobre todos los contratos del sector público (administrativos o privados). Efectivamente, en atención a su ubicación sistemática en el Libro IV, las disposiciones sobre modificación de los contratos no resultaban aplicables a los contratos del sector público de naturaleza no administrativa sino privada, cuyo régimen de efectos, cumplimiento y extinción estaba sujeto no a la LCSP sino al Derecho privado, ex art. 20.2 LCSP. De la nueva sistemática que utiliza la LCSP, tras su modificación en este punto por la LES, resulta que la regulación del régimen de modificación de los contratos ahora contenida en el Título V del Libro I LCSP es de aplicación a todos los contratos celebrados por entidades sujetas a la LCSP, y no sólo a las Administraciones públicas, como sucedía con la regulación anterior[28].

Ahora bien, esta «unificación» del régimen aplicable a la modificación de los contratos públicos no es «total», pues de la propia LCSP derivan algunas diferencias en atención a la naturaleza jurídica del contrato, sea administrativo, sea privado. La circunstancia de que se haya unificado el régimen jurídico de la modificación de los contratos públicos no supone la alteración de la naturaleza jurídica de los mismos, que seguirán calificándose como administrativos o privados, atendiendo al elemento subjetivo de los mismos, esto es, en función de que se trate de contratos celebrados por una entidad que a efectos de la LCSP tenga la consideración de Administración pública (arts. 3.2 y 19 LCSP) o que se

28. Como señala Colás Tenas, esta novedad es un acierto, pues carece de sentido que el régimen de modificación de los contratos privados que celebren los entes del sector público no Administración sea diferente al de los contratos administrativos. Sobre todo, si se considera desde la perspectiva que apunta a la modificación de los contratos como una de las mayores amenazas para los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados, aunque, no es menos cierto, que de los artículos 175 y 176 LCSP, podía entenderse que las reglas particulares sobre modificación de los contratos privados no podían desconocer las reglas y principios generales de la contratación pública («La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía sostenible», en *Diario El Derecho*, en prensa). En el mismo sentido, Vázquez Matilla afirma que la unificación del régimen de modificación de los contratos público supone eliminar la práctica habitual de encargar ciertas prestaciones a otras entidades que no poseen la condición de Administración Pública pero que son poder adjudicador para hacer inaplicables algunas normas, entre ellas, las propias de las modificaciones de los contratos que se sometían al derecho civil y sus reglas («Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible», *Revista Aragonesa de Administración pública* núm. 37, pág. 330).

trate de una entidad del Sector público que no tenga, a efectos de la LCSP, tal condición (sea poder adjudicador, o no, art. 20 LCSP).

Las disposiciones del nuevo Título V del Libro I de la LCSP resultarán de aplicación a todos los contratos del sector público, pero en ese Título no se agota la regulación del régimen de modificación de los contratos, o mejor dicho, no se agota el régimen de modificación de todos los contratos del sector público. Para los de carácter administrativo (no así para los de naturaleza privada) las disposiciones de ese Título V del Libro I LCSP deben completarse con las que se establecen en el Libro IV, por ejemplo, en los arts. 202 (de carácter general), 216 y 217 (modificación de los contratos de obras), 226 (modificación del proyecto de la obra en contratos de concesión de obras públicas), 233 (modificación de la obra en contratos de concesión de obras públicas), 258 (contratos de gestión de servicios públicos), 272 (contrato de suministro) y 282 (para contratos de servicios). De estos preceptos resulta, por ejemplo, que en los contratos administrativos, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias (art. 202.1 pfo. 2 LCSP), y ello al margen de la cuantía y porcentaje que representen respecto del importe de adjudicación, a diferencia de lo que sucedía anteriormente, se ha eliminado la posibilidad del contratista de solicitar la resolución del contrato en los supuestos de modificaciones del contrato, aunque fueran sucesivas, que implicasen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos, al 20% del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, recogida anteriormente en los arts. 220.e, 275.c y 284.c LCSP, en su redacción original, anterior a su modificación por la LES. Esa obligatoriedad de las modificaciones acordadas unilateralmente por el órgano de contratación no resulta de aplicación a los contratos privados, en los que rige la regla contenida en el art. 1256 del Código civil según la cual «el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

Por cuanto se refiere a las causas de resolución de los contratos como consecuencia de la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato, su previsión en el art. 206.g LCSP determina su aplicación exclusiva a los contratos administrativos, y ello en razón de la interpretación sistemática de dicho precepto legal, por cuanto que el mismo se encuentra ubicado en el capítulo V del libro IV de la LCSP, dedicado a los «efectos,

cumplimiento y extinción de los contratos *administrativos*». No obstante lo anterior, esa limitación derivada de la sistemática legal puede fácilmente superarse al estar previsto en el art. 92 bis.1, párrafo segundo LCSP, con carácter general y por tanto, para todos los contratos públicos (administrativos y privados), que «en cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada inicialmente, deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes...».

En el mismo sentido, y en relación con las consecuencias de la resolución de los contratos cuando no sea posible su modificación (salvo que la causa sea imputable al contratista), la cuantía indemnizatoria que para el contratista viene prefijada legalmente en estos supuestos en el 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar (art. 208.5 LCSP), tampoco resultará de aplicación automática en los contratos privados (salvo que así se recoja expresamente en los Pliegos). De igual manera, en los contratos de obras, suministros y servicios de mantenimiento, la prescripción ahora recogida en los artículos 217.1 párrafo 2, 272 y 282 LCSP respectivamente, según la cual en caso de que la modificación suponga supresión o reducción de unidades de obra/ unidades o clases de bienes/unidades o clases de equipos objeto del mantenimiento, «el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna», sólo resulta de aplicación a los contratos administrativos.

Finalmente, en el apartado del «control» de los modificados, subsiste la diferencia de jurisdicción para conocer de las controversias que surjan entre las partes. El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones litigiosas que se susciten en relación con la modificación de los contratos administrativos mientras el orden jurisdiccional civil conocerá de las que guarden relación con los contratos privados del sector público (art. 21 LCSP). El mantenimiento de esta dualidad de jurisdicción tras la unificación del régimen jurídico de la modificación de los contratos públicos no parece muy acertado, y puede dar lugar a interpretaciones distintas, cuando los conceptos implicados para la resolución de un conflicto tengan un diferente significado en uno u otro ámbito[29].

29. Así sucederá, por ejemplo, cuando deba dilucidarse la concurrencia de fuerza mayor como causa justificativa de la modificación del contrato. Los arts. 214, 225 y 258 LCSP regulan los supuestos tasados de fuerza mayor en la ejecución del contrato de obras, concesión de obra pública y gestión de servicios públicos. Por el contrario, el mismo concepto presenta un alcance distinto (que comprende muchos más supuestos que los enunciados en los arts. 214, 225 y 258 LCSP), al referirse el art. 1105 del Código Civil a los supuestos que «previstos, fueran inevitables».

3.2. LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS: RÉGIMEN GENERAL

3.2.1. Ámbito de aplicación del régimen de modificación de contratos públicos: las modificaciones por causas objetivas

El nuevo Título V del Libro I de la LCSP, dedicado a la «Modificación de los contratos» lo inicia el art. 92 señalando el ámbito de aplicación del nuevo régimen, previsto en los artículos subsiguientes, para la modificación de los contratos públicos. En este sentido, el precepto menciona la posibilidad de modificar los contratos del sector público «sólo cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 92 *quáter*». Con ello se quiere advertir de que la aplicación de las disposiciones contenidas en los arts. 92 a 92 *quinquies* únicamente resultan de aplicación en aquellos supuestos en los que concurran las causas expresadas en los pliegos, en el anuncio de licitación, o en el artículo 92 *quáter*. Abona esta conclusión el hecho de que el propio art. 92 LCSP deje fuera del ámbito de aplicación del Título V del Libro I LCSP los supuestos de sucesión en la persona del contratista[30], cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución (Cfr. art. 92.1), que se regirán por sus propias normas[31], y al que habría que añadir el supuesto con-

30. Supuesto que se ha trasladado (del art. 202.4) al art. 73 *bis* LCSP, que queda redactado como sigue: «En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquélla de la ejecución del contrato. Si no pudiese producirse la subrogación por no reunir la entidad a la que se atribuya el contrato las condiciones de solvencia necesarias se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario».

31. Como apunta Colás Tenas, en principio, los supuestos de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, no son estrictamente supuestos de modificación objetiva, por lo que deben regirse por sus propias normas. En realidad, no hubiera sido necesaria su mención dentro de este precepto, pero viene a puntualizar que el nuevo título sobre la modificación del contrato pretende regular la novación modificativa material u objetiva («La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía sostenible», en *Diario El Derecho*, en prensa).

templado, para los contratos de obras, en el art. 217.3 *in fine* LCSP, según el cual «podrán introducirse variaciones sin necesidad de previa aprobación cuando éstas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10% del precio primitivo del contrato»[32]. Este último precepto acoge en su seno un supuesto de modificación[33] cuya práctica aparece autorizada por la propia LCSP, cuando se den las circunstancias por ella previstas. Ahora bien, resulta necesario acotar suficientemente los límites de dicha prescripción, debiendo entenderse, como ha puesto de relieve la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 16/06, de 30 de octubre de 2006 que cuando el precepto se refiere a «variaciones en el número de unidades ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto», comprende tanto el aumento como la disminución en el número de unidades ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, así como la posibilidad de compensar excesos en la ejecución de determinadas unidades de obra con defectos en la ejecución de otro tipo de unidades de obra sobre las realmente previstas, siendo el «exceso» o «defecto» de medición final aquel sobre el que se aplica el límite del 10 por 100 del precio primitivo del contrato. En el mismo sentido, y como indica la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 9/2011, de 6 de abril, «no resultaría necesario tramitar un proyecto modificado, con los trámites formales previstos en la LCSP, en aquellos supuestos en los que las variaciones en las unidades de obra representaran una alteración del proyecto en un más de un diez por ciento, siempre que no supongan un incremento de gasto para la Administración superior al 10 por ciento, con respecto al precio primitivo del contrato, dado que se trataría de facultades inherentes a la dirección de la obra… En todo caso, esta Junta advierte que si se trata de una obra de largo plazo de ejecución, en la

32. En el mismo sentido Vid. art. 160 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

33. Comparte tal calificación también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que en su Informe 9/2011, de 6 de abril, que señala precisamente que «de la ubicación –artículo 217 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP)–, relativa a modificación del contrato de obras, esta Junta entiende que es un supuesto de modificación contractual –sólo para contratos administrativos–, en el que la especialidad es la ausencia de su tramitación como tal. Calificación que tiene sus consecuencias jurídicas, principalmente que no se puede alterar el contenido esencial de la prestación».

que comienzan a introducirse variaciones en el proyecto original en las primeras certificaciones, y existe la presunción de continuar a lo largo de su ejecución incorporando alteraciones, la buena praxis del director facultativo le llevaría a realizar un estudio pormenorizado del proyecto y, a la vista del mismo, solicitar del órgano de contratación la autorización para la redacción de un proyecto modificado».

Fuera de los supuestos mencionados, los previstos en los pliegos o en el anuncio de licitación, o en el artículo 92 *quáter*, cuya configuración abordaremos a continuación, o el particular que describe el art. el 217.3, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro que deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III.

En cualquier caso, la modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155.b) y 158.b).

3.2.2. Modificaciones previstas en la documentación (Pliego o anuncio) que rige la licitación (art. 92.ter)

Un primer grupo de modificaciones que la Ley admite sujetando al cumplimiento de determinados requisitos son aquellas sobre cuya posible práctica se hubiese advertido expresamente en los pliegos o en el anuncio de licitación, de modo que tanto los licitadores como quien potencialmente hubiese podido estar interesado en el contrato, fuesen conocedores o hubiesen tenido la posibilidad de conocer la condición a que se que encontraba sometido el contrato de que, una vez adjudicado, y durante la ejecución del mismo, algunos de sus términos y condiciones podían ser objeto de modificación.

La admisibilidad de esta modificaciones previstas en la documentación del contrato queda sujeta al cumplimiento de determinados requisitos:

1.–Que se detallen de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma.

Es importante destacar en relación con este primer requisito que los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma *objetiva*, sin que pueda remitirse la apreciación de su concurrencia o no a opiniones o dictámenes subjetivos (aun expertos)[34]. Además, las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas.

2.–Que se señale el alcance y los límites de las modificaciones que pueden acordarse, con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello.

La doctrina ya ha vertido sus primeras críticas en relación con esta previsión que permite al órgano de contratación señalar con total libertad «el porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar». GIMENO FELIU apunta la posibilidad de que la técnica del modificado se utilice como fraude[35]. COLÁS TENAS afirma que el ejercicio de la potestad de modificación de los contratos tiene que conocer no sólo límites cualitativos, sino también cuantitativos[36]. En este sentido, hubiera sido deseable el señalamiento de un porcentaje máximo de modificación, tal y como está previsto en la Ley foral 6/2006, de contratos públicos de Navarra, cuyo art. 105.1 dispone expresamente que «en los casos en que el importe de las sucesivas modificaciones exceda del 50%

34. Señala COLÁS TENAS que este requisito es una llamada al rigor en el estudio y la realización de los proyectos técnicos que son objeto de licitación, en el contrato de obras, y de los pliegos de prescripciones técnicas en el contrato de servicios. Detallar de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que puede modificarse un contrato, así como el alcance y límites de las mismas, con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello; requiere método, estudio de las necesidades que debe satisfacer el proyecto y su asimilación, conocimiento, investigación de todos los factores que influyen en el resultado que se pretende, examen critico y sistemático de los modos de ejecución del contrato con el fin de advertir sus variables, trabajo, y, sobre todo, tiempo. El problema es que cuando hay que hacer proyectos como *churros*, no es de extrañar que salga un churro de proyecto («La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía sostenible», en *Diario El Derecho*, en prensa).

35. «El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio» en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 149, pág. 52.

36. «La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía sostenible», en *Diario El Derecho*, en prensa.

del precio de adjudicación del contrato deberá procederse a una nueva licitación»[37].

La obligatoriedad de que se indique el porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar puede incidir en el procedimiento de adjudicación a utilizar, la publicidad que haya de realizarse del anuncio de licitación, o en el sistema de recursos que resulte aplicable al contrato. En este sentido, debe recordarse que para el cálculo del valor estimado del contrato, concepto que define el art. 76 LCSP, debe tomarse en consideración el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación, incluyendo para su cálculo cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato[38]. A nuestro juicio, la previsión de tomar en consideración para el cálculo del valor estimado «cualquier forma de opción eventual» ya resultaba suficiente para considerar obligatorio el incluir dentro del valor estimado del contrato el importe que puedan llegar a representar las modificaciones del mismo que se contemplen[39]. Sin embargo, el legislador ha considerado oportuno modificar el art. 76 LCSP para añadir un tercer párrafo en su apartado 1 que señale expresamente es obligación de computar el importe del modificado previsto en el cálculo del valor estimado del contrato:

37. Esa limitación, como apunta M. RAZQUIN LIZARRAGA, redundará en una mejor preparación del contrato y, sobre todo, en evitar una vía de escape a la aplicación de los principios de igualdad, libre concurrencia y competencia en los contratos públicos («La ejecución de los contratos. Retribución y revisión. La extinción e invalidez de los contratos», en J. C. ALLI ARANGUREN, *Comentarios a la Ley Foral de contratos públicos*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2006, pág. 428).

38. Del importe que represente el valor estimado del contrato depende la posibilidad de utilizar algunos procedimientos, señaladamente el negociado por razón de la cuantía, con y sin publicidad, o el simplificado (Vid. art. 10 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón), la publicidad en el DOUE, o la posibilidad de interponer contra esos contratos el recurso especial en materia de contratación pública.

39. Distinto es el caso del posible adicional de obra que se aprecie en la medición de ésta y que, de acuerdo con el artículo 217.3 LCSP, puede llegar hasta el 10% del precio primitivo del contrato. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (Informe 43/2008, de 28 de julio) ha señalado que esta adicional es una partida cuya existencia dependerá de que en la medición de la obra resulten excesos respecto de las unidades previstas en el presupuesto. En tales casos, y siempre que no superen el 10 por 100 del presupuesto de la obra, la Ley considera que estos excesos son consecuencia de inexactitudes del proyecto o del presupuesto que resultan inevitables por lo que se prevé la posibilidad de abonarlas sin necesidad de recurrir a modificación contractual alguna. En consecuencia, aunque sean frecuentes, inicialmente no forman parte del contrato, y aunque desde un punto de vista teórico no cabe negar la posibilidad de que no se produzcan, no deben ser tenidos en cuenta para determinar el valor estimado del contrato.

> «… En el caso de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92 ter, se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que éste pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas.»

En consecuencia, de lo dispuesto tanto en el art. 92.ter como en el 76.1 LCSP puede deducirse que no sirven las tradicionales «cláusulas de estilo» que prevean la posibilidad de modificar el contrato en un sentido genérico, para dar por cumplido el requerimiento de previsión que los preceptos exigen. Como bien apunta COLÁS TENAS, se exige rigor, no improvisación, objetividad, no mero parecer; y posibilidad de verificación, no adivinación o intuición[40].

Para el caso de que la modificación del contrato no resultase posible por no haberse previsto en la documentación que rige el contrato la consecuencia que se impondría sería su resolución (art. 206.h y 208.5 LCSP, para el caso de los contratos de las Administraciones públicas, art. 92 *bis* apdo. 1 pfo. 2 LCSP, para los contratos del resto de entidades del sector público) y la convocatoria de un nuevo procedimiento de adjudicación, prescripción a la que sólo escaparían los supuestos de modificación admitidos *ex lege* en el art. 92 *quáter* que seguidamente analizamos. La modificación del contrato fuera de esos supuestos sería ilegal, por constituir una nueva adjudicación (Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008 As. C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur GMBH, apdo. 34[41]), con las consecuencias que advertiremos en el apartado correspondiente al control de las modificaciones de los contratos.

3.2.3. Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación (art. 92.quáter)

Aun en el supuesto de que no se hubiera previsto la posibilidad de modificación del contrato, todavía cabría la posibilidad de proceder a su modificación antes de su resolución y a la convocatoria de un nuevo procedimiento de adjudicación, si la causa que motiva la necesidad de modificar el contrato puede encajarse en alguna de las circunstancias que señala el art. 92.quáter apdo. 1[42]:

---

40. «La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía sostenible», en *Diario El Derecho*, en prensa.
41. Sobre esta Sentencia, Vid. VÁZQUEZ MATILLA: «La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 143, págs. 529-564.
42. No obstante, para GIMENO FELIU ofrece dudas de legalidad comunitaria la posibilidad de modificar el contrato por circunstancias no previstas, «El régimen de la modifi-

a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.

b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.

c) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.

d) Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.

e) Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.

Aun reconociendo el avance que supone contar con una serie de supuestos que el legislador ha considerado como causas imprevisibles que justificarían la modificación del contrato, puede criticarse su carácter de *numerus clausus*que se ha atribuido a las mismas, que algún autor ha considerado un exceso del legislador, aunque por defecto[43], al no permitir atribuir la condición de causas imprevisibles que justifiquen la modificación del contrato más que a las consignadas el art. 92 *quáter*. A nuestro juicio, hemos pasado de justificar la modificación de los contratos por causas imprevistas, con una interpretación laxa del concepto, que consideraba imprevistas todas las causas que no habían sido expresamente contempladas en el Pliego, a un concepto de alcance distinto, el de causas imprevisibles, acompañado a su vez de una interpretación estricta y limitada a aquellas que reseña el art. 92 *quáter*, lo que constituye un evidente «exceso de frenada».

Resulta importante señalar además, en relación con el alcance y los

---

cación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio» en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 149, pág. 51.

43. VÁZQUEZ MATILLA, «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible», *Revista Aragonesa de Administración pública* núm. 37, págs. 340 y 348.

límites de estas modificaciones del contrato debidas a causas no previstas en la documentación que rige el contrato, que en estos casos «no podrán alterarse las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación». Sobre el concepto de *condiciones esenciales* ya tuvo ocasión de pronunciarse la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su informe 43/2008, donde señalaba las dificultades de su positivación, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado que supone la necesidad de hacer una valoración de los supuestos en cada caso concreto a fin de determinar si pueden considerarse incluidos o no dentro del mismo:

> «… la única solución admisible consiste en hacer la enunciación de una serie de supuestos que pudieran ser considerados como condiciones esenciales de los contratos y resolver las dudas que se planteen respecto de otros supuestos diferentes. La utilidad de este procedimiento es dudosa habida cuenta de la dificultad de establecer *a priori* una lista de condiciones contractuales que puedan considerarse como esenciales. En particular, debe tenerse en cuenta que según el tipo contractual de que se trate determinadas condiciones pueden ser consideradas como esenciales y, sin embargo, no serlo respecto de otro tipo contractual distinto. Incluso, en relación con contratos de la misma naturaleza unas mismas condiciones pueden tener carácter esencial o no dependiendo del resto de las cláusulas que determinen el contenido obligacional del contrato…».

A pesar de esa dificultad de positivizar las condiciones esenciales del contrato que señalaba la Junta Consultiva, el legislador ha hecho un esfuerzo y ofrece, en el apartado 3 del mismo art. 92 *quáter*, un elenco de supuestos concurriendo los cuales se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato, y en consecuencia, no será posible la modificación del contrato.

En primer lugar, «cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada». Lo cierto es que es éste un supuesto genérico que aglutina dos conceptos, nuevamente indeterminados, con lo que poca luz se aporta a la tarea de determinar si una modificación afecta o no a las condiciones esenciales del contrato. A nuestro juicio, la referencia a la función del contrato debe ponerse en relación con las necesidades que justificaron su celebración y que debieron plasmarse en el informe de necesidad a que alude el art. 93 LCSP en relación con el art. 22 del mismo texto legal. La función del contrato es atender a unas necesidades concretas, por lo tanto presentará un carácter esencial la modificación del contrato que suponga un desvío en la atención de esas necesidades iniciales hacia otras nuevas distintas y distintas de las originales.

Por cuanto se refiere a las características esenciales del contrato, en ningún precepto de la LCSP se definen cuáles son, si bien en algunos preceptos se alude, bien a las características esenciales del objeto del contrato (es el caso de los contratos de obras y de concesión de obras públicas), bien al carácter esencial de determinadas condiciones de ejecución del contrato. Así, por ejemplo, en el art. 125.1 LCSP, cuando se describe el contenido de los anuncios de información previa, que en el caso de los contratos de obras, «deberán indicar las características esenciales», o respecto de los de concesión de obras públicas, el art. 116 LCSP, que al enumerar los contenidos del estudio de viabilidad, hace referencia a la consignación en el mismo de la finalidad y justificación de la obra, así como «la definición de sus características esenciales». En un sentido similar, la LCSP se refiere al carácter esencial de determinadas cláusulas contractuales, y en particular, las que ordenan la ejecución de la prestación. Así, el art. 53.2 LCSP alude a la posibilidad de hacer que el contratista se comprometa a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello, compromisos que se integrarán en el contrato, y a los que los pliegos o el documento contractual pueden atribuirles el carácter de obligaciones esenciales. O el art. 102.2 LCSP que permite atribuir esa misma condición de «obligaciones contractuales esenciales» a determinadas condiciones de ejecución. El incumplimiento de esas «obligaciones contractuales esenciales» es causa de resolución del contrato al amparo del art. 206.f LCSP.

También se alteran las condiciones esenciales del contrato «cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación», supuesto que parece aludir al equilibrio entre las prestaciones (el pago a cambio de la prestación pactada).

Otro de los supuesto de alteración de las condiciones esenciales del contrato se refiere a supuestos en que «para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas». Sobre este supuesto, la Abogacía General del Estado, en su Circular 1/2011 ha señalado que la referencia a la variación en las condiciones de solvencia requeridas para la ejecución de contrato integra aquél otro que supone la necesidad de contar con una clasificación (en los casos en que resulte exigible) distinta para acometer la prestación modificada. Partiendo de esa premisa, la Abogacía General del Estado distingue, en relación con los cambios en la solvencia exigi-

ble, tres supuestos diferenciados, que sin embargo, producirían efectos distintos:

1) Que como consecuencia de la modificación se exija el requisito de la clasificación, siendo así que ésta no era requerida para el contrato inicial (la modificación supone un incremento del precio del contrato que rebasa el umbral a partir del cual se exige clasificación).

2) Que como consecuencia de la modificación se exija la clasificación en un grupo o subgrupo distinto del requerido inicialmente.

3) Que, manteniéndose el grupo o subgrupo de clasificación requeridos, por consecuencia de la modificación del contrato se exija la clasificación de una categoría distinta.

Puesto que el artículo 94 *quáter*, apartado 3 c), de la LCSP alude a «condiciones de solvencia sustancialmente distintas», cabe razonablemente entender que en los supuestos consignados en los apartados 1) y 2) la exigencia de clasificación antes no requerida y la exigencia de clasificación en un grupo y subgrupo distinto del inicialmente requerido tienen la suficiente importancia o entidad para concluir que se aprecia una alteración sustancial. Mayores dificultades suscita el supuesto consignado en el apartado 3). En este sentido, como criterio orientador, podría aceptarse –sugiere la Abogacía General del Estado- que la exigencia, como consecuencia de la modificación del contrato, de una categoría inmediatamente superior a la inicialmente requerida no constituye una modificación sustancia, mientras que la exigencia de una categoría superior que no sea la inmediata a la inicialmente exigida entrañaría ya un carácter sustancial.

Junto a los anteriores, la LCSP considera la existencia de una alteración esencial de las condiciones del contrato «cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por 100 del precio de adjudicación del contrato». No es éste un supuesto, debe advertirse, de modificación del precio del contrato, que ese es fijo (con las salvedades de los contratos celebrados con precios provisionales y la revisión de precios), sino un supuesto de modificación de la prestación o de su forma de ejecución que trae como consecuencia una alteración del precio del mismo. Por ejemplo, si se introducen nuevas unidades de obra, de manera consecuente se incrementará el precio del contrato al deber de abonar al contratista los costes en que incurra para su ejecución.

Es importante destacar que a efectos del cómputo de ese 10 por 100 que constituye el límite superado el cual la modificación afecta a las condiciones esenciales del contrato, en el caso de modificaciones sucesi-

vas, el propio 92.ter.d) señala que será «el conjunto de ellas» (aunque quizás debería decir, para una mejor comprensión, «el importe acumulado de las mismas») el que no podrá superar este límite. Lo que con ello se quiere significar es que el límite no está en el número de modificaciones que se practiquen, sino en el importe acumulado que representen las mismas. Además, debe hacerse notar que ese 10 por ciento va referido al precio de adjudicación del contrato (y no al presupuesto de adjudicación o al valor estimado del mismo, que pueden ser mayores), que incluye el importe pagadero por el contratista en concepto de impuesto sobre el valor añadido.

El supuesto que contempla la letra d) del apartado 3 del art. 92 *quáter* es mucho más amplio, y por tanto diferente, que el que recoge el art. 117.3 *in fine* LCSP en relación con las variaciones en los contratos de obras, «cuando éstas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto», es decir, lo que en la práctica se conoce como «excesos de medición». Estas últimas se caracterizan porque, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio primitivo del contrato, pueden introducirse sin necesidad de previa aprobación, es decir, sin seguir la tramitación prevista en los arts. 92.quinquies y 117 LCSP.

Debe llamarse la atención además que la alteración de las condiciones del contrato (en realidad, en este caso, el precio) se considerará esencial si como resultado de la modificación el precio experimenta una alteración, *en más o en menos*, del 10 por ciento del precio de adjudicación. En relación con ello debe traerse aquí la consideración del Tribunal de Justicia en su Sentencia de 19 de junio de 2008, donde al hilo de una modificación consistente en el incremento del descuento ofertado por el licitador a la entidad contratante por la compra de un determinado número de unidades en cada pedido (de un 15 a un 25 por ciento), circunstancia que suponía «la aplicación de un precio menos elevado» (apdo. 83 de la Sentencia), el Tribunal concluyó que «…no debía considerarse que el hecho de fijar, en un acuerdo adicional, descuentos más elevados que los inicialmente previstos respecto a ciertos precios determinados en función de las cantidades en un ámbito particular constituya una modificación sustancial del contrato y, por tanto, no implica una nueva adjudicación de contrato en el sentido de la Directiva 92/50» (apdo. 87 de la Sentencia). De conformidad con este pronunciamiento, parece que la LCSP ha ido más allá de lo que le era exigible (otro ejemplo más de «exceso de frenada»), impidiendo, según el tenor literal del precepto,

modificaciones del contrato o de sus condiciones de ejecución que traigan como consecuencia un mejor precio (una mejora superior al 10 por ciento) para la entidad contratante.

El último supuesto recogido en el art. 92. *ter* apdo. 3 presenta una configuración propia de las cláusulas con las que se pretende dejar abierta la posibilidad de incluir otros supuestos asimilables a los enunciados anteriormente (por eso comienza precisamente aludiendo a «cualesquiera otros casos»). Se refiere a aquellos supuestos «en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas». Mediante esta cláusula de cierre se incorpora la doctrina del Tribunal de Justicia en sus propios términos, ya que los que se incorporan a la LCSP fueron precisamente los utilizados en su Sentencia de 19 de junio 2008 (As. C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*) apdo. 35.

En cualquier caso, todos los supuestos enunciados en el art. 92. *ter* apdo. 3 LCSP operan de manera independiente, de modo que la concurrencia de cualquiera de ellos determina la alteración de las condiciones esenciales del contrato y, en consecuencia, no procede la modificación del mismo. Quiere decirse con ello, por ejemplo, que el hecho de que la modificación de un contrato no altere, en más o en menos, el 10 por ciento del precio del mismo, no determina su admisibilidad de manera automática. No resultará admisible si, a pesar de no superar ese 10 por ciento del precio del contrato, para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas, o si puede presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.

Además de no poder afectar a las condiciones esenciales del contrato, el apdo. 2 del art. 92.quáter LCSP advierte asimismo de otro límite material aplicable a las modificaciones no previstas en la documentación que rija el contrato: la modificación se limitará a introducir únicamente las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria. No podrá aprovecharse, por tanto, la tramitación de la modificación del contrato para extender los cambios a

aspectos de la ejecución del mismo no relacionados con la causa objetiva que motiva la tramitación de la modificación.

3.2.4. Una reflexión sobre las causas de modificación de los contratos no previstas en la documentación que rige el contrato

La efectividad de los límites que parece quieren imponerse a la modificación de los contratos públicos va a depender, a nuestro juicio, de la interpretación que se haga de los supuestos contemplados en el apdo. 1. del art. 92. *quáter*. La intención del precepto, que admite la modificación «sólo» cuando concurra alguna de las circunstancias precedentes, parece clara en el sentido de exigir una identidad perfecta entre la circunstancia que motive la modificación y la que recoge el precepto, identidad que deberá justificarse de manera suficiente en el expediente a tramitar para formalizar la modificación del contrato.

En este sentido llama la atención que, a diferencia de lo que sucede con las modificaciones previstas en la documentación que rige el contrato, respecto de las cuales se exige que obedezcan a causas objetivas, el art. 92. *ter* contemple algunas causas con elevada carga subjetiva para su apreciación. Singularmente, la contemplada en la letra d del apartado 1, que señala como parámetro de admisibilidad su «conveniencia» (la de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato). Igualmente se aprecia una fuerte carga subjetiva para la apreciación de algunos supuestos de modificación que pueden traer como consecuencia la afección a condiciones esenciales del contrato, por ejemplo, los que utilizan para su apreciación conceptos jurídicos nuevamente indeterminados (art. 92. *ter*.3, letra a), o los que se basan en una mera «presunción» (de que «de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas», art. 92. *ter*.3, letra e).

Asimismo, en relación con las modificaciones de contratos que obedezcan a alguna de las causas señaladas en las letras a y b del art. 92 *quáter* apdo. 1 (inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas, o inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta

de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas), habrá de exigirse que la tramitación del correspondiente expediente de modificación del contrato vaya acompañada de otro destinado a exigir la responsabilidad del redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, (si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, de conformidad con lo previsto en los arts. 286 a 288 LCSP[44]). En ese sentido debe interpretarse precisamente la introducción en el art. 92 *quinquies* de un trámite de audiencia para dichas personas con carácter previo a la aprobación de la formalización del modificado, para que puedan formular las consideraciones que tenga por conveniente sobre esos errores u omisiones del Proyecto o de las especificaciones técnicas que hacen inadecuada la prestación contratada o que la hacen inidónea). A buen seguro, los órganos de control externo (Tribunal de Cuentas y entidades autonómicas asimiladas) centrarán su atención en esos procedimientos de depuración de responsabilidades por errores de proyecto y de elaboración de especificaciones técnicas al conocer de las modificaciones operadas en los contratos públicos (en este sentido, recuérdese la obligación contemplada en el art. 29.2 LCSP de comunicar las modificaciones de los contratos cuya cuantía exceda de 600.000 euros, tratándose de obras, concesiones de obras públicas, gestión de servicios públicos y contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado; de 450.000 euros, tratándose de suministros, y de 150.000 euros, en los de servicios y en los contratos administrativos especiales). En ejercicio de su función fiscalizadora y enjuiciamiento de la responsabilidad contable el Tribunal de Cuentas podrá censurar comportamientos y/o exigir las responsabilidades en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos como consecuencia de la autorización de modificaciones ilegales de contratos públicos.

---

44. En este sentido, como bien apunta GIMENO FELIU («El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 149/2011, págs. 52-53) parece conveniente, amén de avanzar en la idea de una gestión pausada del proyecto que posteriormente favorezca su rápida ejecución sin incidentes, que se regule mejor la responsabilidad de los autores de proyectos y directores de obras y, en general de todo personal responsable de ejecución del proyecto (debe existir auténtica imprevisibilidad y no mera imprevisión, ni mucho menos error o cambio de criterios políticos).

3.2.5. Régimen transitorio

A la previsión del nuevo régimen de modificación de los contratos públicos acompaña la cuestión de a partir de cuándo resulta aplicable el mismo. En este sentido, el régimen de derecho transitorio de la reforma de la LCSP en materia de modificación de contratos efectuada por la LES resulta de la Disposición transitoria séptima de este último texto legal, que establece que «los contratos administrativos regulados por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que hayan sido adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior».

La redacción de la antecitada disposición plantea dos cuestiones importantes. La primera es si el nuevo régimen de modificación de los contratos resulta aplicable no sólo a los contratos que se adjudiquen tras la entrada en vigor de la LES, sino también a los contratos ya adjudicados con anterioridad a la vigencia de esta norma legal y que actualmente están en fase de ejecución. Abona una respuesta positiva el hecho de que el nuevo régimen de modificación de los contratos no surge *ex novo*, sino que venía exigido por el Derecho comunitario, y su implantación venía motivada por el desajuste del Derecho español al Derecho comunitario, desajuste que se plasmaba no sólo en la LCSP, sino también en textos legales anteriores (Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio). Ahora bien, siendo éste el criterio correcto, en su Circular 1/2011 la Abogacía General del Estado ha señalado que el tenor literal de la disposición transitoria séptima de la LES es muy claro en el sentido de que el nuevo régimen jurídico no se aplica a la modificación de los contratos ya adjudicados a la entrada en vigor de la LES, en lo que parece una apuesta por una respuesta negativa a la cuestión, circunstancia que sorprende cuando, a renglón seguido, se insiste que tal opción sería contraria al Derecho comunitario.

La segunda cuestión que se deduce de la Disposición transitoria séptima de la LES es el alcance de la referencia a «los contratos administrativos» que se incluye en la misma. En concreto, se plantea la cuestión de determinar cuál sea el régimen transitorio aplicable a los contratos privados, tanto de la Administración como de otras entidades que no tienen tal consideración a efectos de la Ley, pero forma parte igualmente del Sector público. Aquí sí que se comparte el criterio que expresa la

Abogacía General del Estado en su Circular 1/2011 que apuesta por entender que respecto de estos contratos rige también la misma norma que establece la disposición transitoria séptima de la LES, y ello porque siendo el régimen de modificación del contrato el mismo para los contratos administrativos y para los contratos privados del Sector público, no tendría sentido que existiese un régimen transitorio para los primeros y otro régimen transitorio distinto para los segundos.

4. NOVEDADES EN MATERIA DE CESIÓN DE CONTRATOS Y SUBCONTRATACIÓN

4.1. RÉGIMEN ESPECIAL DE LA CESIÓN DE LOS CONTRATOS PARA EL CASO DE CONCURSO DEL ADJUDICATARIO

Como ya hemos señalado en varias ocasiones, la situación económica en la que se encuentra incurso el país ha hecho que el Gobierno haya dictado una serie de medidas tendentes a favorecer la actividad empresarial, algunas de las cuales han alcanzado, incluso, a la fase de ejecución de los contratos administrativos. En este sentido, debe recordarse la modificación operada en la LCSP por el art. 4 del Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, que entre otros[45], da una nueva redacción al apartado b del art. 209.2 LCSP, relativo a la cesión de contratos administrativos. La modificación operada en dicho precepto debe ponerse en relación con la causa de resolución de los contratos administrativos contemplada en el art. 206.b LCSP, consistente en «la declaración de concurso» del contratista, y que procederá cuando se produzca la apertura de la fase de liquidación (art. 207.2 LCSP).

La nueva redacción del antecitado precepto excepciona del cumplimiento del requisito de haber ejecutado una parte del contrato para autorizar su cesión a un tercero (al menos un 20 por ciento de su importe, o cuando se trate de la gestión de servicio público, una quinta parte del plazo de duración), en el supuesto de que el adjudicatario/

45. El precepto también incluye una medida para facilitar la continuidad de las relaciones contractuales con el sector público a los contratistas que hayan ido declarados en concurso, cuando en éste haya adquirido la eficacia un convenio (modificación del art. 49.1.b LCSP). Además, como novedad, se permite la devolución de la garantía depositada por un contratista en el marco de un proceso de contratación pública en caso de resolución del contrato cuando la ejecución de la prestación no se hubiera interrumpido hasta el momento de la declaración de insolvencia y el concurso no hubiera sido calificado como culpable (modificación del art. 208.5 LCSP).

cedente se encuentre en concurso, aunque se haya abierto la fase de liquidación[46].

Lo que no quedan exceptuados son el resto de requisitos exigidos por el art. 209 LCSP para la cesión de contratos administrativos: que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión, que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito fue exigido al cedente, no estar incurso en una causa de prohibición de contratar, y que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.

4.2. NOVEDADES EN EL RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN (I): LA EXCEPCIÓN A LA ACCIÓN DIRECTA DEL SUBCONTRATISTA CONTRA EL DUEÑO DE LA OBRA

En relación con la subcontratación hemos de dar cuenta de las novedades que pretende incorporar la (todavía en fase de Proyecto) Ley de contratos del sector público en materia de defensa y seguridad, que obedece a la necesidad de incorporar al Ordenamiento español antes del 21 de agosto de 2011 la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE[47]. Es cierto que su ámbito de apli-

46. En relación con el concursado, y de conformidad con el art. 145 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, durante la fase de liquidación quedará suspendido del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio. Si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal para proceder de conformidad con lo establecido en esta Ley. Además, la apertura de la liquidación producirá el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones (art. 146 de la Ley Consursal).

47. La Directiva trae causa del régimen excepcional que resulta de aplicación para la protección de los intereses esenciales de la seguridad de los Estados de la Unión Europea (Cfr. art. 296 del Tratado). Sobre el concepto de «intereses esenciales de la seguridad» Vid. LAZO VITORIA, «Los contratos públicos sobre defensa y seguridad en el mercado europeo», *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 82, págs. 105-112.

cación queda acotado al ámbito de la Defensa y de la Seguridad Pública[48].

Aparte de unas novedosas reglas para la celebración de subcontratos a las que nos referiremos en el apartado siguiente, el Proyecto de Ley plantea en su Disposición Final primera una nueva modificación de la LCSP. De entre los preceptos modificados destaca la adición de un nuevo apartado (8) al art. 210 LCSP del siguiente tenor:

> «8. Los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos.
>
> Lo dispuesto en el párrafo anterior será de aplicación también a las Entidades Públicas Empresariales de carácter estatal y a los organismos asimilados dependientes de las restante Administraciones Públicas[49]».

Dicha disposición viene a completar la que ya recogía el apartado 4 de ese mismo precepto, y que señalaba que

> «4. Los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato.
>
> El conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados en virtud de las comunicaciones a que se refieren las letras b y c del apartado 1 de este artículo, o la autorización que otorgue en el supuesto previsto en la letra d de dicho apartado, no alterarán la responsabilidad exclusiva del contratista principal».

En no pocas ocasiones, para rebatir los efectos del art. 210.4 LCSP, se ha invocado la acción directa que el artículo 1597 del Código Civil reconoce en favor de los subcontratistas, contra el propietario para reclamar a éste las cantidades adeudadas por el contratista principal. Según dicho precepto, los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajus-

---

48. A efectos de la regulación contenida en esta Ley se entenderá por Defensa el conjunto de actividades reguladas en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional. A los mismos efectos se entenderá por Seguridad Pública, el conjunto de actividades no militares de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad Pública dirigidas a la protección de las personas y de los bienes y a la preservación y al mantenimiento del orden ciudadano dentro del territorio nacional, el conjunto de actividades desarrolladas por las autoridades aduaneras encaminadas a garantizar la seguridad y protección del territorio aduanero de la Unión Europea, así como cualesquiera otras que se definan como tales en las Leyes.
49. Idéntica disposición contenía el apdo. 2 del art. 65 del anteproyecto de Ley de contratos del sector público en materia de defensa y seguridad, que sin embargo fue eliminada al presentarse el Proyecto de Ley.

tada alzadamente por el contratista, tendrán acción contra el dueño de la obra hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se haga la reclamación.

La problemática relación entre el art. 210.4 LCSP y el art. 1597 fue objeto de un informe de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía (Informe 13/2009, de 3 de noviembre, sobre posibilidad de reclamación de los subcontratistas a la Administración por los trabajos o materiales adeudados por el contratista), que concluía la imposibilidad de ejercicio de la acción directa, contenida en el artículo 1597 del Código Civil, del subcontratista frente a la Administración Pública a la vista de la prescripción contenida en el artículo 210.4 de la LCSP de que los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal. Se razonaba en dicho informe que

> … el artículo 210.4 de la LCSP señala que los subcontratistas quedarán obligados "sólo" ante el contratista principal. Dicho contratista principal asume, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración.
>
> Por ello, si se produce un incumplimiento del subcontrato puede producirse también un incumplimiento del contrato principal, y si la Administración pretende resolver el contrato como consecuencia de dicho incumplimiento, no deberá aducir que el subcontratista incumplió. Simplemente, sin entrar en las relaciones jurídico- privadas entabladas como consecuencia del subcontrato, podrá alegar que el contratista ha incumplido sus obligaciones contractuales. Y las acciones que el contratista pudiera emprender contra el subcontratista incumplidor serían ajenas al contrato administrativo mismo.
>
> La misma lógica que se desprende del artículo 210.4 de la LCSP ha de ser aplicada al problema sobre la existencia o no de acción directa del subcontratista frente a la Administración.
>
> En efecto, cuando el artículo 210.4 de la LCSP señala que el subcontratista "sólo" quedará obligado frente al contratista principal, añadiendo que éste asumen la "total responsabilidad" de la ejecución del contrato frente a la Administración, se está poniendo de manifiesto la imposibilidad de que proceda la referida acción directa, tanto en el sentido del subcontratista hacia la Administración, como a la inversa.
>
> Frente a ello, no han de dejar de destacarse reiterados fallos del Tribunal Supremo –Sala de lo Civil– que sí admiten dicha acción directa frente a la Administración que celebra contratos administrativos de obras: sentencias de 16 de julio de 2003 (recurso núm. 3449/1998); de 10 de marzo de 2005 (recurso núm. 2836/1998); de 24 de enero de 2006 (recurso núm. 2094/1999); de 17 de julio de 2007 (recurso núm. 4143/2000); de 12 de diciembre de 2007 (recuso núm. 3876/2000). Ahora bien, ninguna de estas

sentencias han revisado contratos administrativos de obras sujetos ni a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ni a la Ley de Contratos del Sector Público, sino contratos anteriores regidos por la Ley de Contratos del Estado de 1965, la cual no recogía la norma que fundamenta el criterio refractario a admitir la acción directa del subcontratista frente a la Administración Pública.

En cambio, respecto de los contratos a los que les era de aplicación la regla contenida en el artículo 115.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y contenida actualmente en el artículo 210.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, los Tribunales han concluido en sentido diferente. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Granada, en su sentencia de 17 de septiembre de 2001 (recurso núm. 343/2000) señaló que"En una relación sinalagmática, como es la derivada del contrato de obras, si el subcontratista queda obligado sólo ante el contratista principal (excluyendo a la Administración Pública) sólo a éste podrá exigir la satisfacción de sus derechos", y en igual sentido se pronuncia la Audiencia Nacional en su Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Recurso núm. 1538/2002). El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia de 9 de junio de 2006 (recurso núm. 563/2003) añade que "el subcontratista puede accionar contra el contratista, pero no existe propiamente una relación directa entre la Administración y el subcontratista ni, en consecuencia, está reconocida la posibilidad de entablar una acción contra aquella"…».

Ahora bien, debe tomarse en cuenta que el nuevo apartado 8 que se pretende introducir en el art. 210 LCSP, además de positivizar este criterio jurisprudencial, iría más allá al proyectar su aplicación no sólo sobre los contratos administrativos, contratos para los que, en principio, está prevista esta salvedad a la aplicación del art. 1597 Cc. Y es que como señala el propio precepto, la excepción «… será de aplicación también a las Entidades Públicas Empresariales de carácter estatal y a los organismos asimilados dependientes de las restante Administraciones Públicas», entidades que, recordemos, no tiene la consideración de Administración pública a efectos de la LCSP (art. 3.2 *in fine* LCSP) y por lo tanto no celebran contratos administrativos sino privados (Cfr. arts. 19.1 y 20.1), resultando que los efectos, cumplimiento y extinción de los mismos no están sujetos a las disposiciones del Libro IV de la LCSP (Cfr. art. 20.2 LCSP), en el que se encuentra sistemáticamente ubicado el art. 210. En consecuencia, resulta que la disposición contenida en el art. 210.4 LCSP no resulta de aplicación directa a los contratos privados celebrados por las Entidades Públicas Empresariales de carácter estatal y a los organismos asimilados dependientes de las restante Administraciones Públicas. La extensión de lo preceptuado en el proyectado apdo. 8 del art. 210 LCSP no haría sino introducir en la LCSP un nuevo concepto de Administración pública, esta vez limitado «a los efectos del art.

210.8», que vendría a excepcionar la excepción contenida en el art. 3.2 *in fine* que supone la no consideración como tal «a efectos de la LCSP» del las Entidades Públicas Empresariales de carácter estatal y a los organismos asimilados dependientes de las restante Administraciones Públicas, de manera que dichas entidades, y sólo esas, podrían acogerse a la excepción al reconocimiento de la acción directa de los subcontratistas que recoge el art. 1597 CC.

El problema, a nuestro juicio, no es tanto de la consolidación de una excepción a un derecho que reconoce el Código Civil a los subcontratistas, que bien puede venir justificada, como en otras ocasiones, por la circunstancia de que se trata de un privilegio que tiene por función proteger o garantizar el normal desarrollo de la obra o prestación pública, siendo a tal efecto indiferente el elemento subjetivo, lo cual llevaría, en una interpretación funcional del precepto, a prescindir de la personalidad jurídica de la entidad contratante para determinar el régimen jurídico del contrato[50]. El verdadero problema que subyace es la falta de criterio del legislador –que con este nuevo apartado 8 añadido al art. 210 LCSP se demuestra, una vez más- para el diseño del ámbito de aplicación subjetivo de la LCSP. No nos parece coherente que a entidades que se ha entendido conveniente no considerar Administración pública a efectos de la LCSP, y consecuentemente, liberar de buena parte de las obligaciones procedimentales que en la tramitación de los expedientes de contratación se imponen a este tipo de entidades, se les extiendan posteriormente una serie de privilegios, como los de inembargabilidad o la negación de la acción directa de los subcontratistas. En este sentido, debemos insistir, una vez más, en la necesidad de unificación del régimen jurídico de los contratos públicos, al margen de la personalidad jurídica de la entidad contratante.

4.3. NOVEDADES EN EL RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN (II): LA CELEBRACIÓN DE SUBCONTRATOS EN EL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO EN LOS ÁMBITOS DE LA SEGURIDAD Y LA DEFENSA

Junto a la modificación de la LCSP que ya hemos señalado, el Pro-

50. Vid. precisamente en este sentido el Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, los núms. 6/2011, de 10 de febrero, relativo a la inembargabilidad de los derechos de cobro recogida en el art. 200.7 LCSP, que concluye, de conformidad con la STC 169/1993 que la regla de la inembargabilidad se explica y justifica sobre la base de la mejor realización y conclusión de la obra pública (y no del carácter o no de Administración pública formal del poder adjudicador), señalando por tanto la aplicabilidad de dicha inembargabilidad a contratos privados celebrados por poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administración pública a efectos de la LCSP.

yecto de Ley de contratos del sector público en los ámbitos de la seguridad y la defensa incorpora un novedoso régimen de subcontratación, en principio ceñido exclusivamente a su ámbito de aplicación.

La principal novedad que incluye el Proyecto de Ley es la facultad o exigencia, según los casos, de que la subcontratación por parte de los adjudicatarios se lleve a cabo observando unas normas mínimas de publicidad de la licitación y garantizando que la selección de los subcontratistas se haga en la forma más objetiva posible. Debe advertirse que no se trata de exigir que esta selección se haga siguiendo procedimientos formalistas como los establecidos en el ámbito de la contratación por los órganos del sector público, sino de dotar de un mínimo de publicidad a las contrataciones para que el contratista principal vea ampliadas las opciones de selección y pueda juzgar de la forma más objetiva las diferentes opciones que se le brindan.

En este sentido, el art. 63 del anteproyecto de Ley prevé una serie de *Normas para la adjudicación de los subcontratos* cuya observancia puede imponer el órgano de contratación, señalándolo en el PCAP. Entre esas normas destacan la posibilidad de obligar al adjudicatario a publicitar la licitación de subcontratos sujetos a regulación armonizada (para lo cual habrá de atenderse a los umbrales específicos que dispone el art. 5 del anteproyecto de Ley: 4.845.000 euros para los contratos de obras, y 387.000 euros, para el caso de los suministros y servicios)[51]. En los anuncios de subcontratación, los adjudicatarios deberán indicar los criterios de selección establecidos por el órgano de contratación para la selección de los licitadores para el contrato principal, y cualesquiera otros criterios que se propongan aplicar para seleccionar los subcontratistas. Estos últimos criterios habrán de ser autorizados por el órgano de contratación si el pliego de cláusulas administrativas particulares no dispusiera otra cosa, y deberán ser objetivos, no discriminatorios y acordes con los criterios aplicados por el órgano de contratación para la selección de los licitadores para el contrato principal. La capacidad exigida deberá estar directamente relacionada con el objeto del subcontrato y los niveles de competencia exigidos deberán guardar proporción con el mismo (art. 64 del proyecto).

Para adjudicar los subcontratos no sujetos a regulación armonizada,

51. Un análisis de las prescripciones sobre subcontratación contenidas en la Directiva 2009/81/CE, de las que trae causa la regulación en el anteproyecto de ley que comentamos puede verse en Lazo Vitoria «Un nuevo sector excluido de las normas generales de la contratación pública: la defensa y la seguridad», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 24 (2010), págs. 22 a 27.

podrá obligarse a los adjudicatarios a aplicar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea relacionados con la transparencia y la libre competencia.

5. EL CONTROL DE LOS INCIDENTES EN FASE DE EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

5.1. LA NECESIDAD DE FOMENTAR EL ARBITRAJE PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS

A modo de cierre del nuevo un sistema de garantías para los candidatos y licitadores, junto al recurso especial en materia de contratación y la cuestión de nulidad, la LCSP incorporó en su art. 39 la posibilidad de someter a arbitraje, en determinados supuestos, algunos de los conflictos que pudieran plantearse en relación con los contratos del sector público. Sin embargo, en este punto ha habido un «retroceso», tal y como ha señalado BUSTILLO BOLADO[52], si comparamos los límites que la nueva regulación ha introducido para la utilización del arbitraje en materia de contratos públicos. En concreto, la posibilidad de utilizar el arbitraje para la resolución de conflictos en materia de contratación, (prevista ahora en el art. 320 LCSP tras la modificación de la LCS operado por la Ley 34/2010) está sujeta, en primer lugar, a que no se trate de un contrato administrativo, pues únicamente «los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas[53]» podrán utilizar el arbitraje, y en segundo lugar, «que la cuestión litigiosa a solucionar verse sobre los efectos, cumplimiento o extinción del contrato», quedando excluidas del arbitraje las cuestiones relativas a la preparación y adjudicación del contrato.

Para su utilización los pliegos de cláusulas particulares deberán incluir los oportunos convenios arbitrales reguladores de aspectos como el ámbito de aplicación, el nombramiento de los árbitros o determinadas

52. Y es que el art. 60.2 del derogado TRLCAP permitía expresamente considerar el arbitraje como alternativo al proceso contencioso-administrativo en materia contractual (lo que habría legalmente la puerta al sometimiento a arbitraje de cualquier conflicto surgido en torno a un contrato administrativo, y cualquier problema derivado de la fase de preparación y adjudicación de un contrato, fuera cual fuese su calificación), *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Aranzadi, 3ª Ed. 2010, p. 462.

53. Parece, por lo tanto, que a las Administraciones públicas sólo les queda en materia contractual la habilitación del párrafo tercero de la Disposición Adicional Primera LCSP para someter a «fórmulas sencillas de arbitraje» conflictos que puedan surgir en caso de contratos en el extranjero.

cuestiones procesales que completen las normas de la Ley 60/2003, de arbitraje.

Entendemos que el arbitraje puede ser una vía muy útil para la solución de conflictos en materia de contratos públicos. Su utilización presenta una ventaja indudable, que es el menor tiempo de resolución del conflicto (máximo 6 meses[54]) en comparación con el tiempo que se tarda en obtener una resolución judicial firme, ventaja que supone, además, unos menores costes económicos. En atención a esta ventaja quizás debería pensarse en la posibilidad de fomentar su utilización aboliendo los límites que impiden un despliegue efectivo de sus beneficiosos efectos, permitiendo que también las Administraciones públicas puedan utilizar el arbitraje (tal y como ya sucede, por ejemplo, en Italia[55]), o que puedan ser objeto del mismo también algunas cuestiones relativas a la preparación y adjudicación del contrato.

5.2. LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO OBJETIVO DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y DE LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS ENCARGADOS DE SU CONOCIMIENTO

Como ya hemos señalado anteriormente, tanto la normativa europea como nacional recogen un sistema de garantías para candidatos y licitadores que se articula, básicamente, a través de procedimientos de recurso que permiten que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible para anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales (art. 2 de la Directiva 2007/66, del Parlamento y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos)[56].

54. Según dispone el art. 37.2 de la Ley 60/2003, de arbitraje, si las partes no hubieren dispuesto otra cosa, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a la demanda de arbitraje o de expiración del plazo para presentarla.

55. Cfr. art. 241 del Decreto Legislativo de 12 de abril de 2006, núm. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

56. En el seno de dicho procedimiento debe poderse además, adoptar, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por el poder adjudicador y conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción.

La Directiva, sin embargo, únicamente contempla la utilización de ese procedimiento en las fases de preparación del contrato[57] y sobre todo, en la de adjudicación. Así cabe deducirlo de su art. 2.3, cuando señala que «los Estados miembros garantizarán que el poder adjudicador no pueda celebrar el contrato hasta que el órgano que examine el recurso haya tomado una decisión sobre la solicitud de medidas provisionales o sobre el fondo del recurso». Siguiendo esta misma filosofía, la Ley 34/2010, al regular el recurso especial en materia de contratación reduce el ámbito objetivo del recurso a los trámites y documentos que se realizan o se generan en esas fases de preparación y adjudicación. Así, el art. 310.2 LCSP señala como actos recurribles:

> «a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación,
>
> b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores; y
>
> c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores».

La previsión de la posibilidad de recurso únicamente en relación con actuaciones que tienen lugar en las fases de preparación y adjudicación de los contratos públicos no debe ser entendida, a nuestro juicio, como un límite para su extensión a la resolución de conflictos que se suscitan en relación con los efectos y extinción de esos mismos contratos. La Directiva 89/665, modificada por la 2007/66, no prevé esa extensión (ni la prohíbe) por la sencilla razón de que su ámbito de aplicación objetivo está conectado con las Directivas de contratos públicos (2004/18 y 2004/17), que lo son de coordinación de los *procedimientos de adjudicación* de contratos públicos, y que no se ocupan, o lo hacen de una manera marginal, de su régimen de ejecución. La Ley 34/2010, instrumento de transposición de la Directiva 2007/66 no se aparta de ese esquema, y se limita a seguir en este punto las previsiones de la Directiva, sin explorar otras posibilidades que el mismo recurso puede ofrecer en

57. Por eso señala el art. 2.1b de la Directiva que en el procedimiento, la anulación de decisiones ilegales podrá comprender «la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión».

relación con la resolución de conflictos surgidos con posterioridad a la celebración de un contrato público.

A pesar de la literalidad del art. 310 LCSP, no estamos seguros de que no puedan tener acceso al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (o a alguno de los órganos autonómicos que se constituyan) algunas actuaciones genuinas de la fase de ejecución de los contratos. Nos referimos, en particular, a las modificaciones de contratos que no resulten admisibles, de conformidad con el nuevo régimen establecido en el Título V del Libro I LCSP, por no estar contempladas en el Pliego o en la documentación del contrato o no tratarse de uno de los supuestos en los que la modificación del contrato se permite *ex lege*. En tales supuestos, nos encontraríamos ante una modificación ilegal, circunstancia que, de conformidad con la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 junio 2008 (As. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GMBH*) equivaldría a una «nueva adjudicación» (Cfr. apdo 34), y esa «nueva adjudicación» podría ser objeto de recurso especial. Así lo advertía GIMENO FELIU[58], y lo ha señalado también, por ejemplo, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón –TACPA– en su «Guía de procedimiento para la tramitación del recurso especial de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público»[59], donde expresamente se señalan como ejemplos de actos recurribles «las decisiones o adjudicaciones adoptadas sin procedimiento formal –por ejemplo, los encargos de ejecución a medios propios o los modificados que no cumplen los requisitos legales–…».

Obviamente, presupuesto necesario para la impugnación de modificaciones de los contratos practicadas de manera ilegal es el conocimiento de dichas prácticas. En este sentido se echa de menos la previsión de algunos trámites que sirvan para materializar el principio de transparencia, recogido expresamente tanto en el art. 2 de la Directiva 2004/18 como en el art. 1 y LCSP, previsiones que parecen agotarse en las fases de preparación y adjudicación de los contratos y que resultan incompatibles con el carácter trasversal (se aplica a todas las fases del contrato, incluida la ejecución del mismo) de dicho principio. Sería de-

58. «El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio», en Revista Española de Derecho Administrativo núm. 149, pág. 54.
59. La guía se encuentra disponible desde la web del TACPA: *http://www.aragon.es/OrganosConsultivosGobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/AreasTematicas/Tribunal_Administrativo_Contratos_Publicos/ci.Informacion_practica.detalleDepartamento?channelSelected=880b37e90bcee210VgnVCM2000002f551bacRCRD*

seable en este sentido que, igual que sucede con los trámites de adjudicación y formalización del contrato, la modificación de los mismos se notificase al resto de licitadores que hubiesen participado en su momento en el procedimiento de adjudicación del contrato o, cuando menos, se publicitase de la misma manera que los antecitados trámites y en todo caso, en el perfil de contratante[60]. La propuesta no debe resultar extraña, pues no sería sino la materialización del principio de transparencia en la fase en la fase de ejecución de los contratos públicos, y de hecho, ya se contempla en algunas normas, si bien con un alcance aún limitado.

En efecto, en el art. 10.3.g de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega, se prevé que cada órgano de contratación publique en su página web, una vez adjudicado el contrato público, información sobre «las modificaciones del contrato adjudicado que supongan un incremento igual o superior al 20% del precio inicial del contrato, y este sea superior a 1.000.000 de €»[61]. La efectividad de esta previsión queda un tanto limitada por los requisitos a que se sujeta su aplicación: el primero, de carácter cualitativo, es que la obligación de publicidad sólo se aplica a las modificaciones que supongan incremento de precio (no por tanto si hay reducción); en segundo lugar, se establece un límite cuantitativo que ha de representar el incremento del precio de adjudicación (incremento de más del 20 por ciento), y otro límite, también cuantitativo, que sugiere que esta obligación de publicidad sólo se aplica a los «grandes contratos» los de precio superior a un millón de euros. Pero sin duda, el mayor límite que se señala en el precepto, y que ha supuesto que todavía no se hayan publicado anuncios de modificación, es la remisión que el precepto realiza a un desarrollo reglamentario de la Ley –que todavía no ha visto la luz– que fije los términos en que debe publicarse

60. Precisamente en este sentido, el Informe y Conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública publicado en 2004 y que sirvió de base para la elaboración de la LCSP de 2007 afirmaba, en línea con la idea de reforzar la transparencia del proceso, la oportunidad de incluir mecanismos de publicidad de las modificaciones del contrato: «La misma publicidad que rige para la adjudicación del contrato debería seguirse para las sucesivas modificaciones de éste». Sobre esta cuestión, sin embargo, la LCSP guarda silencio, a pesar de las sucesivas modificaciones de la misma.

61. También se dará publicidad (señala el apartado 4 de ese mismo art. 10) a la cesión de contrato o a la subcontratación, «junto con las razones que justifican tal decisión, identificando a los cesionarios y subcontratistas y las condiciones de los acuerdos alcanzados entre el contratista y aquéllos».

esa información a la que se refiere el art. 10.3, entre la que se encuentra, la de la modificación de los contratos.

En el mismo sentido, la reciente Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears, dispone en su art. 19.2.f la misma obligación de publicar en el perfil de contratante «las modificaciones del contrato adjudicado que representen un incremento igual o superior al 20% del precio inicial del contrato», obligación que se proyecta (a diferencia de lo dispuesto en la norma gallega) sobre todo tipo de contratos, sin limite cuantitativo alguno. Sorprende, sin embargo, la inclusión de un inciso final, de difícil comprensión, que parece sujetar la obligación de publicar ese anuncio de modificación del contrato a su procedencia (el precepto dice «si procede»). Para una correcta exégesis del precepto debe entenderse que la referencia a su procedencia va referida a la modificación, y no a la obligación de su publicidad cuando como consecuencia de la misma haya un incremento en el precio igual o superior al 20 por ciento, pues en otro caso el propio precepto carecería de sentido, ya que la LCSP no establece la obligación de publicar las modificaciones de los contratos públicos.

Junto a las modificaciones de los contratos públicos, estamos convencidos de que el nuevo recurso especial en materia de contratos públicos podría servir, toda vez que conoce del mismo un órgano independiente y especializado en materia de contratación pública, para solventar conflictos que surjan una vez celebrado el contrato, esto es, durante su ejecución. Así, ya advertimos anteriormente y sugerimos de *lege ferenda* la posibilidad de atribuir al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales a que se refiere el art. 311 LCSP (o los autonómicos que se constituyan) el conocimiento de los incidentes relacionados con la demora en el pago de los contratos públicos, tanto por las entidades contratantes a sus contratistas como de éstos a sus subcontratistas y proveedores, o las cuestiones relativas a la aplicación de las revisiones de precios, o las alteraciones del equilibrio económico de las concesiones, o los incumplimientos que supongan una causa de resolución de los contratos, entre otras.

Las ventajas de esta ampliación de la competencia de los Tribunales Administrativos de contratos públicos ya han sido apuntadas, aunque no está de más insistir sobre las más importantes: los especiales requisitos exigidos a los miembros de los Tribunales garantizarían a las partes un adecuado desarrollo del proceso (destacando la independencia de los miembros del órgano decisor). Y además, se descargaría de trabajo a la ya de por sí sobrecargada Administración de Justicia, con lo que los

plazos de resolución de las reclamaciones serían mucho más breves que los de resolución de un recurso contencioso-administrativo.

III. EL SISTEMA DE GARANTÍAS JURÍDICAS EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS

Capítulo 6

El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza
Vocal de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.
Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

SUMARIO: 1. EL CONTROL EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y LAS SOLUCIONES DEL DERECHO COMUNITARIO. 2. LA TRASPOSICIÓN EN ESPAÑA. EL NUEVO RECURSO ESPECIAL TRAS LA LEY 34/2010, DE 5 DE AGOSTO. RÉGIMEN JURÍDICO. *2.1. La creación de un órgano administrativo independiente para el control. La nota de la especialización. 2.2. El objeto del recurso especial. Elementos para su «eficacia». 2.3. El plazo del recurso especial. 2.4. La tramitación del recurso especial. Su régimen jurídico.* 3. VALORACIÓN DE LA NUEVA REGULACIÓN Y SU EVENTUAL «VOLATILIDAD».

1. EL CONTROL EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y LAS SOLUCIONES DEL DERECHO COMUNITARIO

Tal y como ya se ha insistido en anteriores trabajos[1], la cuestión del control de la contratación pública es ya un tema recurrente y que debe abordarse con decisión abandonando, en palabras de BAÑO LEÓN[2], postulados autocomplacientes que impiden ver la realidad efectiva y que lastra al sistema de contratación pública de tal manera que los principios comunitarios de libertad de circulación, mercado interior o igualdad de

1. Me remito ahora a mi trabajo en Libro Derecho Fundamentales y Otros estudios, Libro Homenaje al prof. Lorenzo Martín Retortillo, con el estudio «El derecho a tutela judicial efectiva mediante recursos rápidos y eficaces: el modelo de los contratos públicos», Zaragoza, Ed. Justicia de Aragón, 2008, pp. 1473-1498.
2. BAÑO LEÓN «El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional», en el libro col. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, p. 337.

trato se presentan como una «ilusión óptica» que desaparecen cuando nos acercamos al concreto procedimiento[3]. Por ello conviene insistir en la necesidad de articular mecanismos de recursos prejudiciales, específicos, atendiendo al interés público en juego –la prestación adecuada que se demanda de la forma más eficaz y eficiente– que aporten credibilidad jurídica al sistema e impongan el adecuado marco de seguridad jurídica en el que los distintos operadores desplegarán su actividad[4].

Para que el sistema de contratación pública funcione es preciso que exista un sistema eficiente de garantías que, además de una finalidad correctora, pueda jugar, fundamentalmente, una función preventiva. La normativa sobre contratación pública, a fin de ser realmente eficaz, debe estar apoyada por sistemas de control dado que una auténtica apertura a la concurrencia en esta materia exige la existencia de recursos rápidos y eficaces para solventar posibles deficiencias. Es decir, deben establecerse mecanismos que permitan la supervisión y revisión de los procedimientos de adjudicación de contratos tanto a nivel nacional como comunitario, pues de lo contrario se produce un efecto disuasorio sobre las potenciales empresas licitadoras, que pueden considerarse indefensas frente a posibles infracciones, ante lo cual renuncian de partida a participar en los distintos procedimientos de licitación ante la inseguridad de que «eventuales irregularidades» pudieran ser efectivamente corregidas[5].

La Unión Europea (sobre la base del artículo 95 del TCE, con vocación de carácter general) reguló esta cuestión mediante las Directivas 89/665 y 92/13, que obligan a los Estados a establecer un régimen especial de reclamaciones en materia de procedimiento contractual que permita a los interesados solicitar por un procedimiento ágil el control de aquellos actos de los poderes adjudicadores que se dicten durante el procedimiento administrativo de adjudicación de un contrato en tiempo

3. Sobre el significado es estos principios me remito a J. A. MORENO MOLINA *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006.
4. Y es que sin seguridad jurídica en un plano material difícilmente el derecho puede cumplir su finalidad. Vid. J. BERMEJO VERA, «El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural. Discurso de ingreso Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación», leído el día 6 de abril de 2005, pp. 105-117. Publicado en *Cuadernos Civitas*, Madrid, 2005.
5. Vid. M. MANGLIANO, «Il contenzioso degli appalti pubblici nella prospettiva del mercato unico europeo», *RDE* núm. 4, 1991, p. 885. Al respecto merece la pena recordar las palabras M. S. GIANNINI, al indicar que lo verdaderamente importante es conocer el régimen regulador de las potestades ejercitadas por los poderes públicos y de las garantías para los sujetos privados. *El poder público. Estado y Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 17-22.

útil para que las incidencias que puedan plantearse puedan tramitarse y resolverse antes de adoptarse la decisión de adjudicación[6]. Como afirma el quinto considerando de dicha Directiva 89/665 ya citada: «dada la brevedad de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, los organismos competentes para entender de los recursos deberán estar habilitados, en particular, para adoptar medidas provisionales encaminadas a suspender tal procedimiento o la ejecución de decisiones que [la entidad adjudicadora] podría eventualmente adoptar» y que «la brevedad de los procedimientos requiere un tratamiento urgente de las infracciones anteriormente mencionadas»[7].

Las citadas Directivas arbitran una serie de procedimientos de control/impugnación que tienen por fin controlar y corregir posibles incumplimientos de la normativa comunitaria de contratación pública[8]. Su objetivo es, evidentemente, animar a la participación de las empresas europeas a licitar en los contratos públicos de obras y suministro[9]. El

6. Estas Directivas se inspiran en el denominado «référé précontractuel» del Derecho francés, regulado por la Ley de 4 de enero de 1992 –modificada por la Ley de 30 de junio de 2000– y cuyo procedimiento se encuentra establecido en el Código de Justicia Administrativa). Sobre el contenido de los distintos mecanismos de control previstos en estas Directivas así como los mecanismos de indemnización me remito a mi *trabajo. La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Civitas, 2006, pp. 254-265. En realidad, como indica PIÑAR MAÑAS, se trata de dos instrumentos esenciales (recursos y actuación de la Comisión), y de provisión de al menos dos medidas (medidas provisionales e indemnización) para la efectividad de la primera. «El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria», en *Libro Homenaje al profesor González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, p. 782. También el libro de ORDÓÑEZ SOLÍS *La contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 143-161.
7. Como bien destaca A. RUIZ DE CASTAÑEDA, estas Directivas son las grandes desconocidas del Derecho comunitario de la contratación pública y frecuentemente no alegadas por contratistas frente a las posibles actuaciones irregulares de los poderes adjudicadores o entes contratantes. «La contratación en los sectores del agua, al energía, los transportes y las telecomunicaciones», en libro col. *Contratos de las Administraciones Públicas*, Abella, Madrid, 2000, p. 1028.
8. El control establecido en esta Directiva, como destaca la STJUE de 18 de junio de 2002 (Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs), se opone a que una normativa nacional limite el control de la legalidad de la cancelación de una licitación únicamente al examen del carácter arbitrario de tal decisión.
9. Por todos, PIÑAR MAÑAS, «El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria», en *Libro homenaje al profesor González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 781 y ss.; MORENO MOLINA, *Contratos públicos…*, ob. cit., págs. 199-265; B. NOGUERA DE LA MUELA, «El control de la contratación pública en el Derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico-administrativo español», en el libro col. *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, págs. 95-130; y GIMENO FELIU,

artículo 81 de la Directiva 2004/18 de 31 de marzo de 2004, insiste en la necesidad de incorporar un mecanismo de recurso rápido y eficaz, apuntando la posibilidad de que pueda sustanciarse en una agencia independiente.

Los posibles mecanismos de control que se contemplan en las Directivas Recursos son ahora los siguientes[10]:

a) Vías de recurso en el plano nacional: Se trata de que existan mecanismos para garantizar que las decisiones adoptadas pueden ser recurridas de forma rápida y eficaz, pudiendo adoptarse medidas cautelares para corregir las presuntas infracciones[11]. El régimen y problemática (similar en ambas Directivas) se concreta en la obligación que se impone a los distintos Estados de organizar un sistema de garantía eficaz y rápido sobre la base de presentar reclamación ante una de las tres siguientes instancias: frente al poder adjudicador, frente a un organismo que puede ser administrativo o frente a un organismo jurisdiccional (en el sentido del artículo actual 234 TCE)[12].

Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación, Civitas, Madrid, 2003, págs. 187-217.

10. En realidad, como indica PIÑAR MAÑAS, más que de cuatro, se trata de dos instrumentos esenciales (recursos y actuación de la Comisión), y de provisión de al menos dos medidas (medidas provisionales e indemnización) para la efectividad de la primera. «El sistema de garantías en la contratación pública...», ob. cit., p. 782.

11. Como bien advierta NOGUERA DE LA MUELA, el sistema de tutelar cautelar es pieza clave del sistema. «El control de la contratación pública en el derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico-administrativo español», en libro col. *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004.

12. Debe advertirse, sin embargo, que la instancia administrativa no es ni obligatoria ni suficiente, sino que, por contra, esta Directiva parece considerar a la vía jurisdiccional (en el sentido dado por la jurisprudencia del TJUE, en el que se admiten los supuestos de arbitraje) como la única que verdaderamente garantiza a las empresas un tratamiento imparcial e independiente de los litigios y las presuntas infracciones. Sobre esta cuestión se ha pronunciado la STJUE de 4 de febrero de 1999, al afirmar que «los requisitos recogidos en el apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, no se aplican a disposiciones como las que regulan la composición y el funcionamiento del Tiroler Landesvergabeamt (organismo de control) al no darse la nota de independencia. Según el Tribunal, para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido del Tratado, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia (véanse, más recientemente, la sentencia de 17

Las posibles medidas a adoptar pueden ser de bien carácter directo o bien de carácter indirecto[13].

Dentro de las medidas de carácter directo nos encontramos con medidas provisionales y medidas definitivas. Las medidas provisionales se caracterizan por tener carácter urgente, discrecional y no automático, y son las destinadas a «corregir la infracción o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados». Se refieren, por tanto, tanto a la suspensión del procedimiento de adjudicación, como a la suspensión de la ejecución del contrato. En cualquier caso, deben valorarse adecuadamente todos los intereses en juego –incluido el interés general– decidiendo si resulta o no conveniente la adopción de estas medidas, no debiendo conceder la suspensión «cuando las consecuencias negativas pudieran superar sus ventajas»[14]. Las medidas definitivas consisten en la anulación de las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, el anuncio periódico indicativo, el anuncio sobre un sistema de calificación, la convocatoria de licitación, los pliegos de condiciones o de cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de formalización del contrato en cuestión.

La otra opción aludida se refiere a la posibilidad de que la Administración pueda ejercer una presión indirecta efectiva sobre las entidades contratantes con el fin de que éstas remedien cualquier violación o de que se abstengan de cometerlas, y también con el fin de que no causen perjuicios. Y la principal técnica de esta opción consiste en la emisión de una orden de pago de una cantidad determinada en caso de que la

---

de septiembre de 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Rec. p. I-4961, apartado 23, y las sentencias de 30 de junio de 1966, Vaassen-Göbbels, 61/65, Rec. p. 377; de 11 de junio de 1987, Pretore di Salò/X, 14/86, Rec. p. 2545, apartado 7; de 17 de octubre de 1989, Danfoss, 109/88, Rec. p. 3199, apartados 7 y 8; de 27 de abril de 1994, Almelo y otros, C-393/92, Rec. p. I-1477, apartado 21, y de 19 de octubre de 1995, Job Centre, C-111/94, Rec. p. I-3361, apartado 9)».

13. Vid. MESTRE DELGADO, «El control de la adjudicación de los contratos públicos a tenor del Derecho Comunitario Europeo: Una nueva ordenación de las medidas cautelares», *Noticias CEE*, núm. 74, 1991, pp. 37 y ss.

14. Los Estados deben adoptar medidas destinadas a permitir a los poderes adjudicadores y a las empresas licitadoras afectadas suspender el procedimiento de adjudicación del contrato cuando una irregularidad aparece en el curso del procedimiento de adjudicación. Esta suspensión puede tener como consecuencia la generación de perjuicios a las empresas susceptibles de obtener el contrato, por lo que las legislaciones nacionales deberán prever mecanismos de reparación (y, en su caso, sanción). Vid. P. TEDESCHI, «Sanctions des violations du droit communautaire européen en matière de passation des marchés publics de travaux», *La Revue Administrative,* núm. 262, 1991, pp. 321 y ss.

infracción no sea corregida o evitada. Y dicha cuantía, cuyo pago podrá supeditarse a una decisión final que acredite la violación, deberá ser lo suficientemente elevada para disuadir a la entidad contratante de cometer una infracción o de continuar cometiéndola.

Al margen de que el Estado en cuestión adopte bien un modelo de intervención directa o bien indirecta, deberá reconocerse el derecho a la indemnización, en su caso, de los daños y perjuicios ocasionados, siempre que la infracción de la norma comunitaria le hubiera conferido derechos (así lo recuerda la STJUE de 9 de diciembre de 2010, Combinatie Spijker Infrabouw). Esta indemnización carece de conexión o relación en la Directiva con las medidas anteriores, de modo que los Estados miembros pueden establecer que sea necesario primero anular las decisiones, antes de proceder a la indemnización, o que el organismo competente pueda adoptar simultáneamente ambas medidas, o incluso que, celebrado el contrato, los poderes del organismo responsable de los procedimientos de recurso se limiten a indemnizar por daños y perjuicios[15]. En cualquier caso conviene destacar la previsión contenida al respecto que dice que «Cuando una persona interponga una demanda por daños y perjuicios por los gastos habidos en la preparación de una oferta o la participación en un procedimiento de formalización, únicamente se le exigirá que pruebe que ha habido violación del Derecho comunitario en materia de formalización de contratos o de las normas nacionales que transponen ese derecho, y que hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato, posibilidad que se ha visto comprometida debido a esta violación». La relación de causalidad contenida en este precepto es excepcionalmente amplia al surgir el derecho al cobro de una indemnización en el caso de probar la «posibilidad» (algo que, en principio, tienen de partida todos los licitadores que, cumpliendo los requisitos legalmente establecidos, presentan ofertas razonables) de obtener la adjudicación del contrato[16]. Esto supone una trascendental novedad ya

15. Ningún precepto de la Directiva establece con claridad que las medidas provisionales, la suspensión, la anulación o la indemnización sean acordadas por un órgano jurisdiccional, lo que significa que un Estado miembro puede implantar un sistema en el que las medidas provisionales, la anulación y la indemnización sean acordadas por un organismo administrativo, mientras que el organismo «jurisdiccional» quedaría limitado a revisar «cualquier medida presuntamente ilegal» o «cualquier presunta infracción» del organismo en una especie de recurso de legalidad. Si a esto se añade que el organismo jurisdiccional puede consistir en un Tribunal de Arbitraje, se comprueba, como afirma SAMANIEGO BORDIU, que la coordinación de las legislaciones es bastante tenue. «El control del derecho comunitario de los contratos públicos», *RAP*, 123, 1990, p. 409.

16. Coincido en este punto, pues, con la reflexión al respecto efectuada por PIÑAR MAÑAS, «El sistema de garantías...», ob. cit., p. 783-784 y SAMANIGO BORDIU, «El control del derecho comunitario...», ob. cit., pp. 406-407.

que se modifica el concepto técnico-jurídico de lesión hasta ahora existente, teniendo cierta apariencia de indemnización-sanción por incumplimiento de la normativa y que tendría por objetivo disuadir a los entes contratantes de «esquivar» los procedimientos y criterios vigentes[17].

b) Intervención de la Comisión a fin de la corrección del procedimiento de adjudicación: Se reconoce a la Comisión –a la que se podrán dirigir los interesados– una legitimación cualificada para instar a los Estados a la corrección de las irregularidades «claras y manifiestas» que se produzcan. Se trata de un procedimiento especial creado para que la Comisión pueda intervenir rápidamente notificando al Estado miembro en cuestión que se ha incumplido la normativa sobre contratación pública durante el procedimiento de oferta pública. El Estado tiene treinta días para presentar una contestación que puede tener tres contenidos: comunicar que se ha corregido la infracción, comunicar que no se ha realizado ninguna corrección, notificar la suspensión del procedimiento. Si la Comisión no está satisfecha con la respuesta del Estado o si éste no responde, está capacitada para iniciar un procedimiento de incumplimiento –que es vinculante– contra el Estado afectado vía artículo 258 TFUE[18]. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que esta intervención que se puede considerar como una intervención «precontenciosa» que ha de facilitar la auto–corrección (art. 8.1 Directiva 92/13) sólo será posi-

17. Así se ha resuelto, por lo demás, en la STJUE de 17 de diciembre de 1998 (Asunto T-203/96), Embassy Limousines & Services, por el que se reconoce la responsabilidad extracontractual del Parlamento Europeo en el marco de un proceso de licitación pública en el que no se aplicaron las reglas de publicidad indemnizando con la suma de 5.000.000 de BFR. La Sentencia entiende que existe responsabilidad del Parlamento porque éste «por una parte, hizo que la demandante albergase una confianza legítima, al incitarla a asumir un riesgo superior al que corren normalmente los licitadores en un procedimiento de adjudicación y, por otra, no informó a la demandante del acaecimiento de un cambio significativo en el desarrollo del procedimiento de adjudicación. A este respecto, no es necesario determinar si los funcionarios del Parlamento actuaron de manera excusable. Como órgano de contratación en el procedimiento de adjudicación de los contratos, el Parlamento ha de adoptar una actitud coherente y constante para con los licitadores. El hecho de que intervengan diferentes órganos administrativos o políticos del Parlamento no puede justificar, por tanto, el incumplimiento de las obligaciones que le incumben frente a la demandante». Los conceptos a indemnizar son: a) Costes y gastos contraídos debido a su convicción de que obtendría el contrato, que se desglosan, según las facturas presentadas con la réplica, b) Gastos de elaboración del contrato, asesores y varios, c) Pérdida de beneficio estimada a lo largo de cinco años, a razón de un contrato de tres años prorrogable por dos períodos de doce meses y d) y el perjuicio moral que ha sufrido. Lo que no se reconoce, obviamente, son perjuicios por responsabilidad contractual.

18. Vid. SAMANIEGO BORDIU, «El control del Derecho comunitario...», ob. cit., pp. 410-413.

ble cuando se haya producido una violación clara y manifiesta de la normativa comunitaria sobre contratación pública por la entidad contratante[19]. El problema de este mecanismo de corrección es que su eficacia queda un tanto «diluida» en los casos en que el ente contratante sea una empresa privada, dado que el Estado no tiene mecanismos de corrección ni facultades para imponer una determinada conducta –al menos directamente– en relaciones de carácter jurídico-privado[20].

Se constata, en suma, la preocupación del ordenamiento comunitario por la implantación de efectivos controles que permitan corregir incumplimientos antes de que éstos «consoliden» sus efectos. Opción por la que se decanta también los Acuerdos GATT de contratación Pública (ratificado por Instrumento de 30 de diciembre de 1994. BOE de 24 de enero de 1995)[21], cuyo artículo XX afirma:

> «Cada Parte establecerá procedimientos no discriminatorios, oportunos, transparentes y eficaces, que permitan a los proveedores impugnar las presuntas infracciones del presente Acuerdo que se produzcan en el contexto de una contratación en la que tengan o hayan tenido interés.
>
> 3. Cada Parte establecerá por escrito y hará públicos sus procedimientos de impugnación.
>
> 4. Cada Parte se asegurará de que se conserve durante tres años la documentación referente a todos los aspectos de los procedimientos que afecten a contratos a los que sea aplicable el presente Acuerdo.
>
> 5. Podrá exigirse al proveedor interesado que inicie el procedimiento de impugnación y notifique la impugnación a la entidad contratante dentro de un plazo determinado a partir de la fecha en que se conocieran o debieran haberse razonablemente conocido los hechos que den lugar a la reclamación, plazo que en ningún caso será inferior a 10 días.
>
> 6. Entenderá de las impugnaciones un tribunal o un órgano de exa-

19. Sobre el funcionamiento y perspectivas de este mecanismo de intervención de la Comisión, pueden consultarse SAMANIEGO BORDIU, «El control de la contratación...», ob. cit., pp. 410-413; MORENO MOLINA, «La reciente jurisprudencia…», ob. cit., pp. 333-337; M. MANGLIANO, «Il contenzioso degli appalti pubblici...», ob. cit., pp. 886 y ss.; y D. TRIANTAFYLLOU, «Marchés publics et securité juridique: les interventions communautaires», RFDA núm. 3, 1995, pp. 616-626.
20. Opinión que igualmente sostienen DÍEZ MORENO y OLIVIE MARTÍNEZ-PEÑALVER, «La Directiva de recursos para la contratación de los sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones», *NUE* 97, 1993, p. 64.
21. El precedente de este Acuerdo lo encontramos en 1979, en la Ronda de Tokio (que entró en vigor el 1 de enero de 1981) en el que se acordó la extensión del ámbito de aplicación de los principios de contratación pública a los contratos de suministros de la Administración Central del Estado. Sobre esta cuestión puede consultarse el trabajo de OJEDA MARIN, «La Comunidad Europea y el GATT en el moderno sistema de contratación administrativa», *RAP*, núm. 116, 1988, pp. 435-446.

men imparcial e independiente que no tenga interés en el resultado del contrato y cuyos miembros estén protegidos frente a influencias exteriores durante todo el período de su mandato. Cuando el órgano de examen no sea un tribunal, sus actuaciones estarán sometidas a revisión judicial o se ajustarán a un procedimiento que asegure que:

a. Se oiga a los participantes antes de que se emita un dictamen o se adopte una decisión;

b. los participantes puedan estar representados y asistidos;

c. los participantes tengan acceso a todas las actuaciones;

d. las actuaciones puedan ser públicas;

e. os dictámenes o decisiones se formulen por escrito, con una exposición de sus fundamentos;

f. puedan presentarse testigos;

g. se den a conocer los documentos al órgano de examen.

7. Los procedimientos de impugnación preverán:

a. Medidas provisionales rápidas para corregir las infracciones del Acuerdo y preservar las oportunidades comerciales. Esas medidas podrán tener por efecto la suspensión del proceso de contratación. Sin embargo, los procedimientos podrán prever la posibilidad de que al decidir si deben aplicarse esas medidas, se tengan en cuenta las consecuencias desfavorables de amplio alcance que pueden tener para los intereses afectados, incluido el interés público. Cuando concurran esas circunstancias, debe consignarse por escrito la causa justa para no adoptar esas medidas;

b. Una evaluación de la impugnación y la posibilidad de adoptar una decisión sobre su justificación;

c. Una rectificación de la infracción del Acuerdo o una compensación por los daños o perjuicios sufridos, que podrá limitarse a los gastos de la preparación de la oferta o de la reclamación.

8. Con el fin de preservar los intereses comerciales y de otro tipo afectados, el procedimiento de impugnación se sustanciará normalmente en tiempo oportuno».

Sin embargo, estas Directivas «Recursos» no fueron suficientemente interiorizadas ni por los distintos poderes adjudicadores ni por los licitadores que no suelen acogerse a las mismas frente a las posibles actuaciones irregulares de los entes contratantes[22]. Asimismo, se observa cierta «debilidad» del sistema. Dada la ausencia de plazos y de dispositivos específicos que permitan suspender a su debido tiempo la firma de un

22. Así lo constata, entre otros, RUIZ DE CASTAÑEDA, «La contratación en los sectores del agua, al energía, los transportes y las telecomunicaciones», en libro col. *Contratos de las Administraciones Públicas*, Abella, Madrid, 2000, p. 1028.

contrato público cuya adjudicación se impugna, la eficacia relativa de los recursos precontractuales varía considerablemente de un Estado miembro a otro. Por otra parte, en caso de celebración ilegal de un contrato de adjudicación directa, las empresas perjudicadas sólo disponen, en realidad, de la posibilidad de entablar un recurso por daños y perjuicios, una fórmula que no permite, en cualquier caso, que se vuelva a someter a licitación el contrato adjudicado ilegalmente. Además, estos recursos tienen un limitado efecto disuasorio sobre los órganos de contratación, máxime si tenemos en cuenta que las empresas que se consideren perjudicadas han de demostrar que tenían buenas oportunidades de obtener el contrato. Así pues, aunque el Tribunal de Justicia haya calificado la celebración ilegal de contratos de adjudicación directa como la infracción «más grave del Derecho comunitario en materia de contratos públicos» las Directivas «Recursos» en vigor no permiten prevenir o corregir de manera eficaz las consecuencias de dicha ilegalidad [STJUE de 11 de enero de 2005 (Stadt Halle), apartado 37].

Por ello la reciente reforma de esta Directiva Recursos –Directiva 2007/66/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007– pretende conseguir una auténtica eficacia de los recursos a disposición de las empresas[23], pues de lo contrario perdurarían situaciones de inseguridad jurídica e infracciones graves o reiteradas de las Directivas sobre contratos públicos[24]. Lo que se busca con la modificación

23. Sobre las principales novedades propuestas vid. TORNOS MAS, «Novedades en la regulación de los recursos en materia de contratos de las Administraciones públicas» *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 59, 2006, pp. 45-48 y NOGUERA DE LA MUELA, B:, «El recurso especial, en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/CEE por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE», en libro col. El Derecho de los Contratos del Sector Público, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública número X, Zaragoza, 2008, pp. 305-312.

24. Esta Directiva 2007/66/ modifica las Directivas de recursos con el objeto de mejorar la eficacia de los procedimientos de recurso a fin de corregir los puntos débiles advertidos en su aplicación como son la práctica conocida como «pronta firma» del contrato y las adjudicaciones directas ilegales, evitando la irreversibilidad que de la celebración del contrato casi siempre se deriva. La anterior regulación no era adecuada para proteger los derechos de los interesados en los casos en que faltase la publicidad previa o no se respetase el período suspensivo, por lo que, una vez formalizado el contrato, el único remedio era la indemnización de daños y perjuicios. Con la reforma se pretende animar a las empresas comunitarias a que liciten en cualquier Estado miembros dotándoles de remedios eficaces e incitar a los órganos de contratación a cumplir la legalidad ante la eficacia de los recursos precontractuales (esta justificación y finalidad de la reforma se expresan en la propuesta de la Comisión [COM (2006) 195 final, Bruselas 4.5.2006] y en los considerandos (3) y (4) de la Directiva. Por su parte, el preámbulo de la Ley 3/2010 señala: «La finalidad de la reforma no fue otra que reforzar los efectos del recurso permitiendo que los

de las Directivas «Recursos» es, sobre todo, mejorar la eficacia de los recursos a disposición de los operadores económicos en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, que han de ajustarse no sólo a las disposiciones específicas de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, sino también a los principios del Tratado CE, por ejemplo los principios de libre circulación de mercancías, libre prestación de servicios, libertad de establecimiento, y a los principios que de ellos se derivan, como los de igualdad de trato, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

Entre las novedades que efectivamente introduce la nueva Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, podemos señalar, a modo de paradigma, el establecimiento (ante la ausencia de plazo para entablar un recurso eficaz entre la decisión de adjudicación de un contrato y su celebración) de un plazo suspensivo mínimo durante el cual se suspenda la celebración del contrato en cuestión –«standstill»–; la ineficacia en principio de todo contrato derivado de una adjudicación directa ilegal; así como la supresión, tanto del sistema voluntario de certificación previsto en la Directiva 92/13/CEE (supresión que se sustenta, por ejemplo, en la escasa utilización del mismo, así como en el posible coste administrativo que suponía la obligación impuesta a los Estados miem-

---

candidatos y licitadores que intervengan en los procedimientos de adjudicación puedan interponer recurso contra las infracciones legales que se produzcan en la tramitación de los procedimientos de selección contando con la posibilidad razonable de conseguir una resolución eficaz). Las principales novedades introducidas serían las siguientes: En principio, cuando un órgano de contratación concluye un procedimiento formal de adjudicación de conformidad con las Directivas relativas a los contratos públicos, debe suspender la celebración del contrato hasta que haya transcurrido un plazo de al menos diez días civiles a partir de la fecha de notificación de la decisión de adjudicación motivada a los operadores económicos que hayan participado en el procedimiento de adjudicación. Cuando un órgano de contratación considera que puede adjudicar directamente un contrato cuyo importe es superior a los umbrales fijados en las Directivas sobre contratos públicos, debe (excepto en caso de urgencia imperiosa) suspender la celebración del contrato durante un plazo mínimo de diez días civiles, después de haber procedido a darle una publicidad adecuada mediante un anuncio de adjudicación simplificado. Si el órgano de contratación celebra ilegalmente un contrato durante el plazo suspensivo, tal celebración se considera sin efecto. Las consecuencias de dicha ilegalidad sobre los efectos del contrato son extraídas por la instancia de recurso competente, si bien para ello es preciso que un operador económico le someta el asunto dentro de un plazo de prescripción de seis meses a partir de la fecha en que se celebró efectivamente el contrato.

El mecanismo corrector se reorienta hacia los casos de infracciones graves y se derogan los mecanismos de certificación y de conciliación, que apenas han sido utilizados.

bros de garantizar la disponibilidad permanente de organismos acreditados a tal efecto), como la supresión del mecanismo de conciliación previsto en la misma (que se justifica en diversas razones, entre ellas, las dificultades encontradas a la hora de elaborar una lista completa y amplia de conciliadores independientes en cada Estado miembro, o debido a que no permitía la obtención, por sí solo, de medidas provisionales vinculantes capaces de impedir a tiempo la celebración ilegal de un contrato)[25].

De estas Directivas –y de su concreta reforma– se deduce que debe existir un recurso rápido y eficaz en materia de contratación pública[26]. Un recurso específico y que impide la celebración del contrato –y, obviamente, el comienzo de su ejecución– hasta que se produce su resolución expresa. Así lo había advertido ya la STJUE de 28 de octubre de 1999 (Alcatel):

> «1. Las disposiciones del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), en relación con las del artículo 6, párrafo segundo, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, deben interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato»[27].

---

25. Un completo análisis de esta Directiva es realizado en el trabajo de B. NOGUERA DE LA MUELA, «El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE», en *El Derecho de los Contratos Públicos* (ob. cit., pp. 304 y ss. Sobre los sistemas existentes en la Unión Europea, puede consultarse SIGMA PAPER No. 41, «Public procuremente review and remedies systems in the European Union», de 2007 (sigmaweb.org).
26. El recurso debe ser efectivo atendiendo al momento procesal en que las infracciones de las disposiciones pueden corregirse, tal y como indicara la STJUE de 11 de agosto de 1995, Comisión/Alemania, apartado 23.
27. Y es que la Directiva Recursos impide la formalización del contrato en tanto se sustancia el recurso, tal y como acaba de afirmar en la STJUE de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración. Debe existir, por tanto, un plazo suspensivo antes de que proceda la ejecución de al prestación recurrida (STJUE de 24 de junio de 2004, Comisión Austria, aps. 20 a 23).

Esto significa que los poderes adjudicadores estarán obligados a cancelar una adjudicación declarada ilegal por el órgano de control (STJUE de 4 de diciembre de 2003, EVN AG), sin que sea admisible la regla general de que un contrato nulo continúe su ejecución (STJUE de 3 de abril de 2008, Comisión/Reino de España).

Además, este objetivo se inscribe plenamente en el del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (incorporada ya al ordenamiento español en virtud de la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio), que establece que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela jurídica efectiva y a un juez imparcial. Por último, la mejora de la eficacia de los recursos nacionales, en particular los referentes a los contratos públicos celebrados ilegalmente por adjudicación directa, se inscribe igualmente en el marco de la política general de la Unión Europea contra la corrupción[28].

Como conclusión, puede decirse que estas Directivas «recursos» suponen un punto de inflexión importante en el papel de la Unión Europea –hasta este momento muy secundario– en lo que se refiere al control, corrección y sanción, a través, incluso, de sus propias Instituciones, de aquellas actuaciones que sean contrarias a la normativa comunitaria de cara a garantizar de forma eficaz los objetivos consagrados por el Tratado[29]. Este nuevo papel de atención a la satisfacción efectiva de los derechos de los ciudadanos comunitarios viene a garantizar la legitimidad (y credibilidad) de las organizaciones comunitarias, dado que éstas se demuestran capaces de hacer efectivos unos principios y objetivos que, para muchos, hasta ahora, solamente aparentaban un carácter teórico. Desde esta perspectiva pueda calificarse a estas Directivas como auténtica «revolución jurídica» en cuanto imponen un sistemas de recursos ad hoc en el campo de la contratación, tal y como acertadamente se pone de relieve en la citada STJUE de 28 de octubre de 1999 (Alcatel)[30].

---

28. Véase la Comunicación de la Comisión de 28 de mayo de 2003, COM(2003) 317 final.
29. Sucintamente puede afirmarse que las Directivas europeas de recursos obligan a los Estados Miembros a la siguientes medidas: a) A que pueda plantearse ante los Tribunales una medida cautelar autónoma, b) A que exista un plazo razonable entre la adjudicación del contrato y su perfeccionamiento, de manera que la medida cautelar pueda ser efectiva, c) A anular los contratos adjudicados en contra de las reglas comunitarias, y d) El derecho de los contratistas a obtener una indemnización de daños y perjuicios.
30. Vid. Baño León, en el análisis de las consecuencias de esta Directiva en el ordenamiento jurídico alemán. «El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional», ob. cit., p. 335.

Pero, y aquí radica el aspecto más importante de esta resolución judicial, el texto de la citada Directiva «no puede interpretarse en el sentido de que, no obstante la inexistencia de recurso de anulación contra una decisión de adjudicación de un contrato público, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros competentes en materia de procedimientos de adjudicación de contratos públicos estén facultados para conocer de recursos en las condiciones enunciadas en esta disposición»[31].

Es decir, los Estados –como bien recuerda la STJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle[32]–, deben diseñar un régimen específico de recursos rápidos y eficaces para fiscalizar la contratación pública, no siendo suficiente la aplicación de los recursos ordinarios que ese Estado tenga establecidos para el resto de la actividad administrativa[33]. Mecanismos que no serán correctos cuando hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento

31. Criterio que ya sentó la STJUE de 26 de septiembre de 1998 (Tögel) al afirmar: «Ni los apartados 1 y 2 del artículo 1, ni el apartado 1 del artículo 2, ni las demás disposiciones de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, pueden ser interpretados en el sentido de que, en caso de que el Derecho interno no se haya adaptado a la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, al finalizar el plazo señalado al efecto, los organismos responsables de los procedimientos de recurso de los Estados miembros, instaurados en virtud del apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665, que sean competentes en materia de procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras y de suministro, estén facultados también para conocer de los recursos relativos a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios. No obstante, las exigencias de interpretación del Derecho nacional con arreglo a la Directiva 92/50 y de protección eficaz de los derechos de los justiciables requieren que el órgano jurisdiccional nacional compruebe si las disposiciones pertinentes del Derecho nacional permiten reconocer a los justiciables un derecho a interponer recursos en materia de adjudicación de contratos públicos de servicios. En circunstancias como las del litigio en el procedimiento principal, el órgano jurisdiccional nacional está obligado, en particular, a comprobar si este derecho a interponer recursos puede ejercitarse ante los mismos organismos que los previstos en materia de adjudicación de contratos públicos de suministros y de obras».
32. Asimismo, en la STJUE 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, apartado 74, el Tribunal subraya que el objetivo de la directiva sobre recursos consiste en garantizar que las decisiones ilícitas de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible.
33. Las Directivas diseñan un régimen de control de «mínimos» correspondiendo a los Estado, concretar la concreta arquitectura de control desde la óptica de los principios referidos: STJUE de 27 de febrero de 2003, Santex, ap. 47 y STJUE de 24 de junio de 2004, Comisión Austria.

jurídico comunitario, tal y como se deriva del principio comunitario de efectividad[34]. Un sistema de recursos caracterizado por la posibilidad de que las decisiones recurridas puedan ser anuladas con el fin de corregir efectivamente la infracción cometida (STJUE de 28 de octubre de 1999, Alcatel, apartado 43 y STJUE de 4 de diciembre de 2003, EVN AG), caracterizándose este recurso por el necesario carácter suspensivo entre la adjudicación y al celebración (o perfección del contrato), tal y como se declara tanto en la STJUE de 24 de junio de 2004, Comisión/Austria y la STJUE de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España, por no cumplir nuestro ordenamiento con esta característica[35]. Y, en la lógica del sistema, los plazos deberán ser claros evitando incertidumbres al respecto (STJUE de 28 de enero de 2010, Comisión/Irlanda) sin que puedan verse «modulados» discrecionalmente por el ente contratante (STJUE de 28 de enero de 2010, Uniplex). Plazos que pueden tener carácter preclusivo siempre que sean suficientemente razonables y no limiten desproporcionadamente la acción del licitador (STJUE de 30 de septiembre, Strabag y otros, apartado 37). En todo caso, la información que se facilite a los licitadores debe ser lo suficientemente completa como para permitir que se pueda interponer el recurso por disconformidad con la motivación de la decisión. No basta la comunicación a un candidato o licitador del rechazo de su candidatura u oferta, sino que es preciso informarle de los motivos de su exclusión para que pueda formarse una opinión bien fundada sobre la posible existencia de una infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de interponer un recurso, por lo que el plazo para interponer un recurso comenzará a correr en la fecha en que el demandante haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de tal infracción (STJCE de 28 de enero de 2010, Uniplex, C-406/08, apartados 30 a 32). La comunicación a los licitadores sobre la adjudicación y su motivación, con la plena información a los licitadores de las razones la desestimación de su oferta, no puede producirse ya expirado el plazo de suspensión anterior a la firma del contrato (STJCE de 23 de diciembre de 2009, Comisión/Irlanda, C-455/08, apartado 32)[36].

En todo caso, conviene advertir que no es necesario establecer una

34. Véanse, por analogía, las SSTJUE de 20 de septiembre de 2001, Banks, apartado 121, y de 20 de septiembre de 2001, Courage y Crehan, apartado 29.
35. Doctrina que se confirma en la STJUE de 11 de junio de 2009, Comisión/Francia, por no existir plazo de suspensión entre la notificación y la celebración del contrato.
36. Vid. J. A. Razquin Lizarraga, «El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector público», Revista General Derecho Administrativo, núm. 25, 2010, p. 7 del texto.

acción pública en materia de contratos públicos ya que como afirma la STJUE de 12 de febrero de 2004 es correcto que «se considere que una persona no tiene derecho a acceder a los procedimientos de recurso previstos por dicha Directiva cuando esta persona no ha participado en el procedimiento de adjudicación del citado contrato, debido a que no estaría en condiciones de prestar todos los servicios objeto de la licitación, como consecuencia de la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a ésta, y contra las cuales, aun así, no interpuso un recurso antes de la adjudicación del citado contrato»[37].

En definitiva, se entiende que un recurso rápido y eficaz es aquel que se resuelve por órgano independiente[38], en un plazo breve (de días y en cómputo de días naturales) que impide el perfeccionamiento del contrato hasta su resolución expresa y que puede acordar medidas cautelares que garanticen la efectividad material de la resolución[39]. Y es que de poco sirve una resolución posterior si el contrato ha sido ya ejecutado, tal y como ha recordado el Auto del TJUE de 22 de abril de

37. Lo que no puede admitirse, como sostiene la misma Sentencia es que se considere que una persona que ha participado en el procedimiento de adjudicación de un contrato público ha perdido su interés en obtener dicho contrato, debido a que, antes de incoar un procedimiento de recurso previsto por la citada Directiva, no sometió el asunto a una comisión de conciliación –como la Bundes-Vergabekontrollkommission (Comisión federal de control de adjudicaciones) establecida por la Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (Ley federal austriaca de 1997 sobre la adjudicación de contratos públicos)–.Vid. GIMENO FELIU, *La nueva contratación*…, ob. cit., pp. 77-127.

38. Sin duda, debe tenderse a que estos organismos de control tengan carácter independiente como mecanismo para una eficaz supervisión de la correcta aplicación de las reglas de contratación pública. Así lo defendía ya R. MUÑOZ, «La mise en place d'autorités administratives indepéndantes dans le domaine des marchés publics», *Revue de Marché Unique Européen*, núm. 3, 1999, pp. 221-267. Se trata ésta, por lo demás, de una exigencia derivada del propio tenor del art. 1 de la Directiva 92/13 CEE: «La instancia responsable de los procedimientos de recurso deberá ser independiente».

39. El Considerando 21 de Directiva de 2007 de reforma de las Directivas de Recursos dice: «La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En concreto, la presente Directiva tiene por objeto garantizar el pleno respeto del derecho a la tutela jurídica efectiva y a un juez imparcial, de conformidad con el artículo 47, párrafos primero y segundo de la Carta». La Comunicación de la Comisión «Estrategia para el mercado interior: prioridades del período 2003-06», COM (2003) 238 final, y de mayo de 2003 aconseja como medidas en el cumplimiento de los recursos en los contratos públicos la creación de agencias independientes y un período de suspensión automática previo a la firma del contrato.

1994: «la declaración posterior de un incumplimiento (...) con frecuencia después del incumplimiento del contrato, no podrá eliminar el perjuicio sufrido por el ordenamiento jurídico comunitario y por todos los licitadores excluidos o privados de la posibilidad de participar adecuadamente».

Hay, por tanto, en el plano nacional, dos opciones: O un recurso jurisdiccional o un recurso ante autoridad administrativa independiente[40]. Así se desprende con claridad de la jurisprudencia europea, como se puede comprobar del análisis de las sentencias, de 4 de febrero de 1999, Köllensperger, y de 4 de marzo de 1999, HI, que nos recuerdan que:

> «En virtud de lo dispuesto en el párrafo primero del apartado 8 del artículo 2, los Estados miembros pueden optar entre dos soluciones a la hora de organizar el sistema de control de los contratos públicos.
>
> La primera solución consiste en atribuir la competencia para conocer de los recursos a órganos de naturaleza jurisdiccional. La segunda solución consiste en atribuir esta competencia, en primer término, a organismos que no poseen dicha naturaleza. En este último caso, las resoluciones adoptadas por estos organismos deben poder ser objeto bien de un recurso jurisdiccional o bien de un recurso ante otro organismo, que, para garantizar que el recurso sea adecuado, debe cumplir los requisitos específicos previstos en el párrafo segundo del apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665»[41].

En todo caso debe existir un recurso «específico» ante un autoridad independiente que, a mi juicio, debería existir al margen del concreto importe del contrato, es decir, de su sometimiento o no a las Directivas de contratos, ya que en todo caso son de aplicación los principios comunitarios del TFUE[42]. Así lo advierte la Comunicación interpretativa de la Comisión de 1 de agosto de 2006 (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006):

> «En el caso los contratos cuya cuantía sea inferior a los umbrales de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, se deberá tener en cuenta que, con arreglo a la jurisprudencia del TJUE, las personas tienen derecho a una protección judicial efectiva de los derechos que les confiere

40. Es el caso, entre otros de Austria y Alemania. Vid por todos González-Varas Ibáñez, S., *El contrato administrativo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 96 y 97; y Ordóñez Solís, La contratación pública… *ob. cit.*, p. 144;
41. Igualmente, las Sentencias del TJUE de 17 de septiembre de 1997 (Dorch Consult); 24 de septiembre de 1998 (Tögel,); 24 de septiembre de 1998 (EvoBus Austria); de 28 de octubre de 1999 (Alcatel); y de 18 de junio de 2002 (HI, apartados 25 a 28).
42. Vid. Gimeno Feliu, J. M., «Las fuentes normativas en materia de contratación local. El estado de la cuestión », *Cuadernos de Derecho Local,* núm. 14, 2007, pp. 37-39.

el ordenamiento jurídico comunitario. El derecho a esta protección constituye uno de los principios generales de Derecho derivados de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. A falta de disposiciones pertinentes de Derecho comunitario, incumbe a los Estados miembros instaurar las normas y los procedimientos necesarios para garantizar una protección jurisdiccional efectiva.

En aras del cumplimiento de esta exigencia de protección judicial efectiva, es necesario que, al menos las decisiones que perjudiquen a una persona que esté o haya estado interesada en obtener un contrato, como, por ejemplo, la decisión de descartar a un candidato o licitador, puedan ser objeto de recurso por la posible contravención de las normas fundamentales derivadas del Derecho primario comunitario.

Para que se pueda ejercer de manera efectiva este derecho a recurso, las entidades adjudicadoras deberán dar a conocer los motivos de las decisiones que puedan recurrirse, bien en la propia decisión o bien previa petición tras la comunicación de la decisión.

De conformidad con la jurisprudencia relativa a la protección judicial, los recursos disponibles no podrán ser menos eficaces que los aplicables a reclamaciones similares fundadas en el Derecho nacional (principio de equivalencia), y, en la práctica, no deberán imposibilitar o dificultar excesivamente la obtención de la protección judicial (principio de eficacia)»[43].

43. Interpretación que ya se recogía en las Directivas. Así, el considerando noveno de la Directiva 2004/17, declara que, «para los contratos públicos cuyo importe sea inferior al que hace necesaria la aplicación de las disposiciones sobre coordinación comunitaria, conviene recordar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia conforme a la cual son aplicables las normas y principios del Tratado [a saber, el principio de igualdad de trato, del que el principio de no discriminación no es sino una expresión particular, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y la obligación de transparencia]». Igualmente, los considerandos primero y segundo de la Directiva 2004/18, que se refieren a la aplicación de esos mismos principios a toda la contratación pública en los Estados miembros, supere o no los umbrales. Comunicación refrendada por el TJUE en la importante sentencia del Tribunal General (Sala Quinta), de 20 de mayo de 2010, República Federal de Alemania contra Comisión, en la que se declara la inadmisibilidad del recurso planteado por la República de Alemania en el que solicitaba la nulidad de la Comunicación de la Comisión 2006/C 179/02. El Tribunal afirma que si bien es cierto que los procedimientos especiales y rigurosos previstos en las directivas comunitarias sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos se aplican únicamente a aquellos contratos cuyo valor sobrepase un determinado umbral previsto expresamente en cada una de ellas; sin embargo, ello no significa que los contratos que estén por debajo de los umbrales estén excluidos del ámbito de aplicación del Derecho comunitario. En efecto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en lo relativo a la adjudicación de contratos públicos que, habida cuenta de su valor, no están sujetos a los procedimientos previstos por la normativa comunitaria, las entidades adjudicadoras están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del TFUE en general y el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad en particular.

2. LA TRASPOSICIÓN EN ESPAÑA. EL NUEVO RECURSO ESPECIAL TRAS LA LEY 34/2010, DE 5 DE AGOSTO. RÉGIMEN JURÍDICO

La trasposición de las Directivas en recursos de contratos, cuestión «olvidada» en 1995 al considerar que la Directiva 89/665 nacía traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico[44], ha sido –necesariamente– objeto de revisión tras la condena del Reino de España el 15 de mayo de 2003, que obligó a nuestro Estado a introducir soluciones procedimentales que dieran efectividad a lo fallado en la citada resolución judicial (mediante la Ley 62/2003, de Acompañamiento, en virtud de la que se adiciona un nuevo artículo 60 bis a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas)[45]. Adaptación que resultó un nuevo incumplimiento de la legislación española en este aspecto ya que como bien destaca BAÑO LEÓN, ni es eficaz ni casa en modo alguno con el principio de seguridad jurídica al que se refería la STJUE de 12 de diciembre de 2002 (Universale Ban)[46]. En todo caso, como bien proponía el profesor GARCÍA

---

44. SANTIAS VIADA, SANTAMARÍA DE PAREDES, LÓPEZ BLANCO, *El derecho comunitario de la contratación pública, Escuela de Hacienda Pública, Madrid, 1991* p. 237. Esta misma posición, en los mismos términos de considerar transpuesta la Directiva sobre recursos, la sostiene SAMANIEGO BORDIU, «El control del derecho comunitario de los contratos públicos», *RAP*, 123, 1990, p. 414; «así como el Consejo de Estado en su Dictamen 214/1992».También PIÑAR MAÑAS, «El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria», en libro Homenaje al profesor González Pérez, Civitas, Madrid, 1993, p. 783. Opinión aceptada por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuya Exposición de Motivos se afirma «No se incorpora, por el contrario, el contenido de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, por que la materia de recursos que constituye su objeto es ajena a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, y respecto a la primera, además, porque nuestro ordenamiento jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales, se ajusta ya a su contenido». Opinión contraria, denunciando el incumplimiento, era la de MESTRE DELGADO, «El control de la adjudicación de los contratos públicos a tenor del derecho comunitario europeo: una nueva ordenación de las medidas cautelares», *Noticias CEE*, núm. 74, 1991, pp. 37 y GIMENO FELIU, *El control de la contratación pública*, Civitas, 1995, p. 85.

45. Vid. un comentario a esta Sentencia en los trabajos de GARCÍA DE ENTERÍA «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho administrativo en materia de entes sujetos al Derecho público y de medidas cautelares contencioso-administrativas», *REDA*, 119, 2003; de NOGUERA DE LA MUELA «El control de la contratación pública en el Derecho Comunitario y en el Ordenamiento jurídico-administrativo español. Breve apunte a propósito de las modificaciones introducidas en el TRLCAP por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 4, 2004, pp. 88-101; M. FUERTES, Incumple el Derecho español la Directiva de recursos?, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 8-9 de 2003, pp. 21-25.

46. Así lo entiende BAÑO LEÓN «El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional», ob. cit., pp. 350-355. Las reflexiones y observaciones de este trabajo permiten comprender el contexto actual de nuestro sistema de control en

DE ENTERRÍA, ante la clara insuficiencia de este nuevo precepto, lo que el operador jurídico debe hacer es impulsar la regla de la aplicación preferente y directa de la Directiva recursos cuyo mecanismos devienen obligatorios para nuestros Tribunales[47]. Insuficiencia, por tanto, de las garantías exigidas por la norma comunitaria como señala la reciente STJUE de 3 de abril de 2008, de condena del Reino de España por este motivo, al entender que se ha incumplido con la norma comunitaria por no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación, no prever un plazo de suspensión de la eficacia entre la adjudicación y su celebración o perfección y permitir que un contrato continúe desplegando efectos.

La Ley de Contratos del Sector Público intentaba resolver –y sin duda era un avance– esta cuestión mediante un recurso especial de contratos públicos para contratos de umbral comunitario (armonizado)[48] que debe resolver el mismo órgano de contratación (artículo 37, al menos para la Administración General del Estado)[49]. Al mismo se refería la Exposición de Motivos afirmando:

---

contratación pública, caracterizado por una evidente e injustificada autocomplacencia.

47. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Artículo 60 bis. Medidas provisionales», en el libro col. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, , pp. 324-325. Igualmente crítica con este precepto se posiciona S: DE LA SIERRA, «Las medidas cautelares en la contratación pública», *RAP*, 164, 2004, pp. 229-230.

48. Los umbrales actualmente vigentes son las indicadas por el Reglamento (CE) núm. 21422/2007, de la Comisión, de 4 de diciembre de 2007, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos. El 1 de enero de 2010 serán de aplicación los nuevos umbrales que se determinen por Reglamento Comunitario.

49. Vid. J. TORNOS MAS, «Novedades en la regulación de los recursos en materia de contratación de las Administraciones Públicas», *Revista Contratación Administrativa Práctica,* núm. 59, 2006, pp. 45-51; LÓPEZ-CONTRERAS y J. F. MESTRE DELGADO, *Contratos Públicos: análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, Instituto de Empresa y Cátedra Jurídica del Centro PwC & IE del Sector Público, Madrid, 2006, p. 158; J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, «La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 44, 2007, pp. 35-41; NOGUERA DE LA MUELA, B., «El recurso especial…», ob. cit., pp. 313-324; PALOMAR OLMEDA, A., «Invalidez y revisión de los contratos del sector público. Análisis del recurso especial en materia de contratación», en la obra colectiva *Aplicación práctica de los contratos en el Sector Público*, Gobierno de la Rioja, Logroño, 2009, pp. 97-158, y del mismo autor, «Artículos 37 y 38», en PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 381-450; MENÉNDEZ DE LA CRUZ, C., «El recurso especial en materia de contratación», Contratación Administrativa Práctica, núm. 71, 2008, pp. 50-62; LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, M., «El control de la adjudicación de los contratos públicos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. En particular, el recurso

«Con la misma finalidad de incorporar normas de derecho comunitario derivado, se articula un nuevo recurso administrativo especial en materia de contratación, con el fin de trasponer la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea»[50].

Sin embargo este sistema de recurso tampoco cumplía ni con las Directivas recursos ni con la finalidad pretendida por las mismas, al no existir la nota de eficacia exigible a un correcto sistema de garantías pues ésta debe ser analizada o contemplada desde la perspectiva de corrección ante eventuales infracciones normativas y no desde la visión de la Administración que «resuelve un obstáculo procedimental». Y es

---

especial y medidas cautelares», Noticias de la Unión Europea, núm. 298, 2009, pp. 71-82; BAÑO LEÓN, J. M., «Tutela judicial precontractual», en BERMEJO VERA, J. (dir.), *Diccionario de la contratación pública*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 682-689, GUINOT BARONA, M., «El nuevo recurso especial en materia de contratación y las medidas provisionales en la ley de contratos del sector público», Contratación Administrativa Práctica, núm. 74, 2008, pp. 34-48; CUDERO BLAS, J., «El control jurisdiccional de la preparación y adjudicación de los contratos del sector público. Análisis de la jurisprudencia española y comunitaria. La Ley 30/2007, de 30 de octubre», Revista General de Derecho Administrativo núm. 18, 2008.

50. Más en concreto, este recurso especial en materia de contratación rige, en primer lugar, en relación con los contratos sujetos a regulación armonizada, esto es, los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en todo caso, y los contratos celebrados por entidades que tengan la condición de poder adjudicador y pertenezcan a alguna de las siguientes categorías: contratos de obras y contratos de suministro o contratos de servicios de los comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II, cuyo valor estimado sea igual o superior a los umbrales comunitarios, respectivamente. También quedan sujetos a la preceptiva interposición del recurso especial en materia de contratación los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada a que se refiere el art. 17 de la LCSP, los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 206.000 euros, y los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años. Y es que la Directiva Recursos impide la formalización del contrato en tanto se sustancia el recurso, tal y como acaba de afirmar en la STJUE de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración. En relación a esta última Sentencia véanse, entre otros, J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, «El impacto de la jurisprudencia comunitaria europea sobre contratos públicos (2003-2004) en el ordenamiento jurídico interno», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 37, 2004, pp. 205-238; y del mismo autor «Nueva condena a España por incumplimiento de la directiva sobre recursos en materia de contratos públicos», *Unión Europea Aranzadi*, vol. 35, núm. 4, 2008, pp. 5-8.

que difícilmente puede considerarse que concurre la nota de independencia cuando resuelve el mismo órgano contratante lo que puede pervertir la finalidad de este mecanismo de control que puede devenir en carga habida cuenta su carácter preclusivo. Además, el sistema de computo en días hábiles y no naturales contraviene la Directiva comunitaria dado que en derecho comunitario el cómputo en días es siempre en días civiles o naturales[51].

Ello ha obligado a la reforma de la LCSP para adaptar el sistema de recursos tanto a la las prescripciones de la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, cuyo plazo de transposición ya venció el pasado 20 de diciembre de 2009[52]. Pero

51. Me remito a lo que razonaba en mi monografía *Novedades…*, ob. cit., pp. 314-332. Comparto plenamente la opinión del profesor J. M BAÑO LEÓN relativa a que el sistema es insatisfactorio pues no hay continuidad de la tutela cautelar administrativa en la contencioso-administrativa y tampoco un procedimiento contencioso urgente, así como por el ámbito limitado y no general que genera un dualismo injustificado. «Tutela judicial precontractual», en BERMEJO VERA, J. (dir.), *Diccionario de la contratación pública*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 688-689.

52. El Gobierno solicitó para la tramitación parlamentaria del Proyecto el procedimiento de urgencia, lo que no ha impedido que la reforma se apruebe muy tardíamente a la fecha que obligaba la Directiva 2007/66, principalmente porque el legislador español pensó que con la aprobación de la LCSP y su articulación del nuevo recurso administrativo especial en materia de contratación se trasponían adecuadamente las exigencias de las directivas de recursos (apartado IV.3 de la exposición de motivos de la LCSP). Sin embargo, no fue esa la opinión de la Comisión Europea, que en su dictamen motivado 260 2190/2002 como consecuencia del incumplimiento por el Gobierno español de la sentencia del TJUE de 3 de abril de 2008 argumentó que la LCSP no cumple las exigencias del Derecho comunitario de los contratos públicos en materia de recursos. Entre otros destacados aspectos, para la Comisión la LCSP no permite recurrir ante un órgano independiente del órgano de contratación pues el recurso especial ha de presentarse ante el mismo órgano de contratación o ante el organismo al que dicho órgano está adscrito. No se cuestiona por la Comisión la opción por un recurso administrativo previo de carácter obligatorio, ni tampoco se exige que la decisión de adjudicación haya de impugnarse ante un órgano jurisdiccional. Pero se considera que sólo un órgano independiente es capaz de garantizar una protección jurídica plena y eficaz frente a las decisiones de los órganos de contratación. Además, la Comisión considera que el recurso contra la adjudicación provisional en la LCSP no equivale al recurso contra la adjudicación misma del contrato y no permite a los licitadores excluidos enjuiciar la corrección de todas las actuaciones posteriores a dicha adjudicación provisional, por lo que considera que se trata de un recurso ineficaz. Vid. J. A. MORENO MOLINA, «La Ley 34/2010 y la adaptación en España del derecho de la unión europea en materia de recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos», *Revista General de Derecho Administrativo* 25 (2010).

junto a la obligación de trasposición el Estado español se encontraba además con la obligación de dar cumplimiento con la STJUE de 3 de abril de 2008, por el que se condenaba al Reino de España por la insuficiencia del sistema de recursos, al no prever nuestra legislación un plazo obligatorio para notificar a todos los licitadores y no prever un plazo de espera obligatorio –de suspensión automática– entre la adjudicación del contrato y su celebración[53].

La opción legislativa española ha sido la de crear un Tribunal administrativo independiente especializado[54], a diferencia, por ejemplo, de la opción de Francia (mayoritaria entre los Estados miembros). El cambio obliga a un ajuste sistemático optando por desplazar la regulación del recurso especial en materia de contratación pública a un Libro propio (el VI) de la LCSP –que se ha efectuado por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa– para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras (Ley Reforma 2010) introduciendo 11 nuevos artículos –del 310 al 320–, sustituyendo el contenido de los artículos 37 a 39 LCSP, que ahora se dedican regular los supuestos de

53. De especial interés son los trabajos de Razquin Lizarraga, J. A., «Nueva condena a España por incumplimiento de la directiva sobre recursos en materia de contratos públicos», *Revista Aranzadi Unión Europea* núm. 4, 2008, pp. 5-8; y Vázquez Matilla, F. J., «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008: la vulneración de la Directiva sobre recursos y su incidencia en la normativa sobre contratación administrativa en Navarra», Revista Jurídica de Navarra, núm. 45, 2008, pp. 148-191.

54. Opción defendida en anteriores trabajos míos (El control de la contratación pública..., cit. 91-105; La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pp. 274-275; y Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos, Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2010, pp. 349-356) y de la que también ha participado un sector doctrinal: Tornos Mas, «Medios de resolución...», cit., pp. 77-82, ibídem, «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos», RAP núm. 136, 1995, pp. 161-169; y Ordóñez Solís, La contratación pública en la Unión Europea, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 281-282. Con carácter general, Razquin Lizarraga, J. A., «Los tribunales administrativos», en la obra colectiva Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de Derecho Público. VI Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, Junta de Andalucía y Ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 61-114.

nulidad contractual, sus consecuencias, y la interposición de la cuestión de nulidad[55].

2.1. LA CREACIÓN DE UN ÓRGANO ADMINISTRATIVO INDEPENDIENTE PARA EL CONTROL. LA NOTA DE LA ESPECIALIZACIÓN

El nuevo recurso de carácter precontractual descansa sobre una nueva figura como son los Tribunales administrativos, a los que se les reconoce facultades, de plena jurisdicción con posible restablecimiento de la situación jurídica individualizada y, en su caso, indemnización, se manifiestan en el contenido de la resolución final. Una de las mayores críticas vertidas a la configuración del recurso especial en materia de contratación pública había sido la atribución de la competencia para la resolución del recurso, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, al propio órgano de contratación que dicta el acto objeto de recurso (al estilo del recurso potestativo de reposición recogido en el artículo 116 LAP), o al titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, si ésta no tiene el carácter de Administración Pública. Resultaba cuestionable que, siendo el mismo órgano que dicta el acto recurrido el que haya de resolver el recurso (cuando se trate de contratos de Administraciones públicas), el recurso pudiera ser eficaz[56]. De ahí que ahora se disponga la creación de un nuevo órgano administrativo al que atribuye la resolución de los recursos especiales en materia de contratación pública: el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda, que a pesar de su denominación (Tribunal), no tendrá naturaleza jurisdiccional[57].

---

55. Vid. en la doctrina reciente J. A. RAZQUIN, «El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público», Revista General Derecho Administrativo núm. 25, 2010; J. A. MORENO MOLINA, «La Ley 34/2010 y la adaptación en España del Derecho de la Unión Europea en materia de recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos», Revista General de Derecho Administrativo núm. 25, 2010 e I. GALLEGO CORCOLES, en la Addenda al libro col. Contratación del Sector Público Local, La Ley, 2ª ed. 2010, pp. XIX a LXX, PULIDO QUECEDO, M., El nuevo Tribunal administrativo Central de Recursos Contractuales, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 65 a 130; PALOMAR OLMEDO, A., «El nuevo régimen de recursos en el ámbito de la contratación pública», Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 105, 2011, pp. 41-65.
56. Vid. GIMENO FELIU, J. M. «Aproximación a las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público», en libro col. *El Derecho de los Contratos del Sector Público,* Monografías Revista Aragonesa Administración Pública núm. X, 2008, pp. 45 a 48.
57. M. PULIDO QUECEDO, *El nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales,* ob. cit., pp. 25-65.

La creación de este órgano administrativo llega luego de desechar la posibilidad de atribuir la competencia para la resolución del recurso especial en materia de contratación pública a los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (opción preferida por el Consejo de Estado)[58], o de crear una Sala especial dentro del Tribunal Económico-Administrativo Central[59]. La principal característica de este nuevo Tribunal administrativo será su independencia funcional (tanto del órgano

58. Se descarta la opción del modelo francés (reclamada en nuestra doctrina por García de Enterría), «Artículo 60 bis. Medidas provisionales», en el libro col. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, 2ª ed, Madrid, 2004, p. 325, en nota; Baño León, «El contencioso precontractual...», ob. cit., p. 362; y López-Contreras González, *op. cit.*, p. 77, objeto de reciente reforma –para adoptarlo a la Directiva 2007/66/CE– en la que ha adicionado un recurso contractual (*référé contractuel*) también jurisdiccional, residenciándose en la jurisdicción contencioso-administrativa. Vid. Ordenanza núm. 2009-515, de 7 de mayo y Decreto núm. 2009-1456, de 27 de noviembre de 2009 (Arts. L 551-13 a L551-23 y R 551-7 a R 551-10 del Código de Justicia Administrativa). Por todos, Dorches, O., «Recursos jurisdiccionales especiales en materia de contratación pública: el modelo francés», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 23, 2010.

59. En la elaboración del Anteproyecto de Ley de modificación de la LCSP, el Gobierno se planteó residenciar la competencia para resolver este recurso directamente en la jurisdicción contencioso-administrativa (más concretamente, en los Juzgados Centrales y Provinciales de lo Contencioso-Administrativo). Sin embargo, tras el análisis realizado por diferentes órganos del Ministerio de Justicia se llegó a la conclusión de que, por diversas razones, no era esa la solución preferible. Así, la Secretaría General Técnica del citado Ministerio subrayó que tal atribución de competencia supondría la posibilidad de que actos de entidades de derecho privado fueran directamente impugnados ante dicha jurisdicción, lo que exigiría introducir la correspondiente modificación en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en cierta medida conduciría a desnaturalizar esa jurisdicción. Adicionalmente, señala que «la Secretaría de Estado de Justicia ha cuestionado la oportunidad de introducir, de una forma u otra, procedimientos especiales para dar prioridad al conocimiento y resolución de determinadas cuestiones o reducir plazos al respecto, debido a que no se cuenta con los medios necesarios para cumplir tales exigencias. Hay que advertir que el informe del Consejo General del Poder Judicial de 11 de febrero de 2010, sobre el anteproyecto de Ley de modificación de la LCSP, no se pronunció expresamente sobre la opción de atribuir a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la competencia para conocer del recurso especial en materia de contratación y de la denominada cuestión de nulidad. En efecto, el citado informe sólo se ocupó de examinar la reforma proyectada para los artículos 10 y 11 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En la tramitación de la Ley de modificación de la LCSP, se planteó también la posibilidad de atribuir la competencia a una sala especializada en materia contractual dentro del Tribunal Económico-Administrativo Central, opción que fue desechada, entre otras razones, por la falta de especialización en materia contractual de sus miembros y la insuficiencia de medios humanos y materiales para cubrir ese nuevo ámbito de actuación. Esta opción se justificaba en la doctrina del TJUE que había considerado a estos tribunales como órganos jurisdiccionales a efectos de la cuestión prejudicial (Sentencia de 21 de marzo de 2000, Gabalfrisa).

como de sus miembros) en el ejercicio de sus competencias, independencia que se refuerza con la inamovilidad que deriva de la designación de sus miembros (art. 311.1, pfo. 7 del LCSP), que sólo podrán ser removidos de sus puestos por las causas legalmente establecidas[60]. Y como se decía, se le otorgan amplias facultades:

a) Puede pronunciarse sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones. Si de ello deriva que la adjudicación se realice a favor de otro licitador, se concederá al órgano de contratación un plazo un plazo de diez días hábiles para que requiera al licitador seleccionado para que se presente la documentación pertinente para la adjudicación del contrato (art. 317.2 LCSP).

b) Cuando concurran los requisitos y se solicite por los interesados, podrá imponerse a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso (art. 317.3 LCSP). Para fijar esta indemnización se atenderá en lo posible a los criterios propios de la responsabilidad patrimonial de la Administración (remisión al art. 141.2 y 3 LAP), debiendo cubrir como mínimo los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación (art. 318 LCSP)[61].

c) Podrá acordar el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si continuase suspendido y de las restantes medidas cautelares acordadas, así como, si procediera, la devolución de las garantías cuya constitución se hubiera exigido para la efectividad de las mismas (art. 317.4 LCSP).

---

60. Esa independencia del órgano encargado de resolver el recurso respecto del órgano que dictara el acto recurrido fue una reclamación constante de la Doctrina desde un principio. En este sentido en una anterior monografía propuse de *lege ferenda* a las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa Estatal y Autonómicas como los órganos idóneos para conocer de los recursos en materia de contratación pública debido, además de a su independencia, a su especialización por razón de la materia. *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, ob. cit., p. 300.

61. PIÑAR MAÑAS, «El sistema de garantías…», cit., p. 784; y BAÑO LEÓN, «El contencioso-precontractual», cit., p. 358.

d) Se le reconoce la potestad de imponer sanciones si se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares: entre 1.000 y 15.000 euros, que se fijará en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores (art. 317.5 LCSP).

En cuanto a su composición, quedará integrado el Tribunal por un mínimo de un Presidente y tres vocales (número que podrá ser ampliado), nombrados por un período de seis años entre funcionarios de carrera de cuerpos y escalas a los que se acceda con título de licenciado o de grado (en Derecho para el caso del Presidente), y que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública[62]. El régimen de constitución y funcionamiento del Tribunal se regulará conforme a las disposiciones de la LAP[63].

En todo caso, como bien advierte J. A. RAZQUIN, la planta no es cerrada sino que se pretende un proceso organizativo dinámico[64]. Así, las Comunidades Autónomas (así como las Asambleas Legislativas y las Instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo) podrán crear sus propios órganos para la resolución del recurso especial en materia de contratación pública[65], o bien suscribir

62. En el caso de que se incremente el volumen de asuntos se prevén tres soluciones: el incremento por vía reglamentaria del número de vocales del Tribunal Central (art. 311.1, párrafo segundo, LCSP); la constitución de Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales en cada Comunidad Autónoma (DA Primera apartado 1, Ley 34/2010); y el incremento del número de vocales de los Tribunales Territoriales (DA Primera, apartado 2, Ley 34/2010).

63. La Disposición adicional primera de la Ley 34/2010 prevé la creación de Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales con sede en cada una de capitales de Comunidad Autónoma a medida que el número de asuntos sometidos al conocimiento y resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales lo exija.

64. J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, «El sistema especial…», ob. cit., p. 25.

65. Hasta la fecha, han optado por esta posibilidad las siguientes Comunidades Autónomas: a) Castilla y León: Mediante la Disposición final séptima de la Ley 19/2010, de 22 de diciembre, de Medidas Financieras y de Creación del Ente Público Agencia de Innovación y Financiación Empresarial de Castilla y León se habilita para la creación un órgano con competencia para la resolución de las impugnaciones reguladas en el artículo 311 LCSP; b) Madrid: El artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, crea el Tribunal y establece una regulación del mismo; c) País Vasco: La ley 5/2010, de 30 de diciembre, de Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, en su Disposición Adicional Octava regula la creación del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi. La opción de esta Comunidad ha sido crear un Tribunal de

un convenio con la Administración General del Estado para que sea el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales quien conozca de los recursos planteados en sus respectivos ámbito de competencia (convenio en el que se estipularán las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta «asunción de competencias» –párrafo 4 del apartado 2 del artículo 311 LCSP–)[66]. Cuando se trate de los recursos interpuestos contra actos de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, la competencia estará atribuida al órgano independiente que la ostente respecto de la Administración a que esté vinculada la entidad autora del acto recurrido, y si estuviera vinculado a más de una, el órgano competente para resolver el recurso lo será aquél que tenga atribuida la competencia respecto de la que ostente el control o participación mayoritaria y, en caso de que todas o varias de ellas, ostenten una participación igual, ante el órgano que elija el recurrente de entre los que resulten competentes con arreglo a las normas de este apartado. Para contratos subvencionados, la competencia corresponderá al órgano independiente que ejerza sus funciones respecto de la Administración a que esté adscrito el ente u organismo que hubiese otorgado la subven-

carácter unipersonal y habilitar que los Ayuntamientos de más de 50.000 habitantes puedan crear un Tribunal propio; d) Galicia: El artículo 36 de La ley 14/2010, de 27 de diciembre, de Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2011 establece la creación de un Órgano colegiado independiente para el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación; e) Aragón: La Ley de medidas de contratación del sector público de Aragón de 24 de abril de 2011 regula (artículos 17 a 21) el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos. Se opta por un órgano colegiado de tres miembros actuando la secretaria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativo de Aragón como secretario del Tribunal (no forma parte del mismo y no participa en las deliberaciones ni resoluciones). Las Comunidades Autónomas –o Asambleas legislativas– que no regulen su Tribunal o no convienen con el Tribunal estatal, quedan obligadas por la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 34/2010, resolviendo el recurso el órgano de contratación con las reglas ahora vigentes, pero con la «penalización» que consiste en la suspensión automática hasta que la levante el Juez si no hay estimación del recurso especial.

66. En el Anteproyecto de Ley de modificación de la LCSP se preveía la posibilidad de creación de órganos independientes para la resolución del recurso especial por parte de las Diputaciones Provinciales, pero esta opción no pasó finalmente al Proyecto de Ley presentado en el Congreso. En consecuencia, parece que se impide que proliferen los tribunales de ámbito municipal –ni siguiera para grandes municipios–. Por el contrario, J. A. Moreno Molina defiende que sí existe tal potestad a favor de la Administración local («Presentación de las últimas reformas de la LCSP y en especial de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la LVSP, La Ley de Contratos en los Sectores Especiales y la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa», Revista Contratación Administrativa Práctica, núm. 102, 2010, pp. 25 y 26.

ción, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, al órgano ante el que el recurrente decida interponer el recurso de entre los que resulten competentes con arreglo a las normas de este apartado[67].

2.2. EL OBJETO DEL RECURSO ESPECIAL. ELEMENTOS PARA SU «EFICACIA»

El objeto del nuevo recurso tiene una doble vertiente. Así, por una lado, se mantiene su restricción a los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 193.000 euros, y los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco año. Sí que presenta una novedad, en cambio, la relación de actos susceptibles de recurso.

Por otra parte este recurso alcanza, lógicamente, a cualquier decisión en sentido amplio, sin limitarse en exclusiva a los actos adjudicatarios[68]. Por ello, al igual que disponía el derogado y sustituido artículo

67. Especial interés tiene la cuestión de la transitoriedad. Las Comunidades Autónomas –arrastrando a toda su administración local y poderes adjudicadores no administración pública– pueden, de no constituir su propio Tribunal, conveniar con el del Estado, estableciendo el sistema de retribución o compensación. De no firmar este convenio, y en tanto no dispongan de tribunal, la competencia para la resolución de los recursos continuará encomendada a los mismos órganos que la tuvieran atribuida con anterioridad.

68. Se trata de una interpretación ya asentada en el derecho comunitario. Son impugnables todas las decisiones de los poderes adjudicadores sujetas al Derecho comunitario europeo sin ninguna restricción por lo que se refiere a su naturaleza y contenido decisiones (STJUE de 19 de junio de 2003, GAT), esto es, el recurso es susceptible en la medida en que una decisión de una entidad adjudicadora vulnera los derechos que confiere el Derecho comunitario en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público (STJUE de 23 de enero de 2003, Makedoniko Metro y Michaniki). En particular, además del acto de adjudicación, también se puede recurrir la cancelación de una licitación para la adjudicación del contrato con posterioridad a la presentación o apertura de las ofertas (SSTJUE de 18 de junio de 2002, HI, y de 2 de junio de 2006, Koppensteiner), las decisiones adoptadas sin procedimiento formal como sucede con convenios y encargos directos sin cumplir los requisitos (STJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y de 18 de enero de 2007, Auroux) los actos o resoluciones que excluyen una oferta antes de la selección de la mejor (STJUE de 19 de junio de 2003, Hackermüller). También los casos de ausencia de indicación en el anuncio relativo a un contrato de la cantidad o la extensión global de tal

37 LCSP, ahora son recurribles los anuncios de licitación, los pliegos y otros documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, así como los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Respecto de estos últimos, se entiende que son actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores. Como novedad principal en este ámbito, la Ley 34/2010 admite la interposición del recurso contra los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores, omitiendo la referencia al carácter provisional de esos acuerdos para que sean recurribles, como hace el art. 37 LCSP. De acuerdo con el art. 37 LCSP sólo la adjudicación provisional, y no la definitiva, es recurrible mediante el recurso especial en materia de contratación. La razón de esa omisión es la supresión de esa dualidad de acuerdos de adjudicación (provisional y definitiva) instaurada como una de sus principales novedades por la LCSP, de modo que con la nueva regulación se ha recuperado el trámite único de adjudicación de los contratos públicos. No acaba de entenderse, por tanto, la referencia (en plural) a la posibilidad de entablar recurso contra los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores, cuando, como decimos, el acuerdo de adjudicación de los contratos públicos es ahora único. Lo que exige el Derecho comunitario es que se permita entablar un recurso eficaz luego de haberse tomado la decisión de adjudicar un contrato y antes de la celebración de este (entiéndase que el término comunitario celebración del contrato equivale al nacional de perfección del contrato). Para la Comisión, el recurso previsto en el art. 37, tal y como está configurado, no permite a los licitadores excluidos enjuiciar la corrección de todas las actuaciones posteriores a dicha adjudicación provisional, considerando por ello que se trata de un recurso ineficaz[69].

---

contrato (STJUE de 11 de octubre de 2007, Lämmerzahl) y en los que se incorporan cláusulas de licitación incompatible con la normativa comunitaria (STJUE de 18 de marzo de 2004, Siemens y ARGE).

69. La STJUE de 11 de enero de 2005 (Stadt Halle y otros) parte de la premisa de que la noción de decisión recurrible debe delimitarse a partir del tenor de las Disposiciones de la propia Directiva y, en particular en función del objetivo de tutela eficaz y rápida que persigue, para concluir que una interpretación restrictiva del concepto de Decisión recurrible sería incompatible con lo dispuesto en el art. 2.1.a) de la misma Directiva. En definitiva, el recurso previsto en la Directiva 89/665/CEE es posible respecto de cualquier acto, entendido como manifestación de voluntad, de una entidad adjudicadora, adoptado en relación con un contrato público compren-

Obviamente, este recurso, de fundamento comunitario, debe interpretarse conforme a la jurisprudencia del TJUE. Así, será también objeto de recurso la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar la licitación para la adjudicación de un contrato público (STJUE de 18 de junio de 2002, HI Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik PlanungsgesmbH) o el acto por el que la entidad adjudicadora descarta la oferta de un licitador antes incluso de proceder a la selección de la mejor oferta (STJUE de 19 de junio de 2003, GAT). Y lo serán también aquellos modificados que devengan ilegales en tanto sean considerados una nueva adjudicación, tal y como ha interpretado la STJUE de 19 de junio de 2008 (Pressetext Nachrichtenagentur GMBH)[70]: constituye una nueva adjudicación en el sentido del derecho comunitario de los contratos públicos cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, STJUE de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, apartados 44 y 46)[71].

Con todo la principal característica de este nuevo recurso es su diseño desde la perspectiva de una verdadera eficacia procedimental. Para ello, en los casos de impugnación, de conformidad con lo previsto en las Directivas y la jurisprudencia citada, el recurso suspende la adjudicación y no podrá formalizarse el contrato (perfección) hasta que no haya resolución expresa. Para los demás actos, la LCSP prevé tutela cautelar a través de medidas provisionales. Como bien destaca J. A. RAZQUIN, la solicitud de medidas provisionales se configura de forma dual: de un lado, como una vía previa, específica e independiente del recurso, que puede presentarse antes de interponer el recurso ante el órgano competente para su resolución por las personas legitimadas para interponerlo (art. 313.1 LCSP); y, de otro, como petición adicional en el escrito de

---

dido en su ámbito de aplicación material y que pueda tener efectos jurídicos, sin que pueda supeditarse su interposición al hecho de que el procedimiento de contratación haya alcanzado formalmente una determinada fase.

70. La STJUE de 15 de octubre de 2009, Acoset, insiste en esta idea recordando su apartado 62 que «toda modificación sustancial del contrato obligaría a proceder a una licitación».

71. La STJUE de 13 de enero de 2005 (Comisión/España) entiende –apartado 43– que el precio es un elemento esencial y que, por ello, «una condición de este tipo no puede considerarse una modificación no sustancial de las condiciones originales del contrato». Máxima en los casos que un incremento elevado viene a quebrar el principio de publicidad y concurrencia –Dictamen Consejo Estado de 21 de octubre de 1992–.

interposición del recurso (art. 314.4 LCSP)[72]. En el primer caso, tienen carácter accesorio y dependiente del recurso especial, pues quedarán sin efecto si no se interpone el recurso en el plazo previsto (art. 313.5 LCSP). Tales medidas –que concluyen, ex artículo 317.4 LCSP con la resolución del asunto principal– irán dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, y podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación (art. 313.1 LCSP). Su contenido es flexible, ya que, más allá de la suspensión expresamente prevista, puede exigir la adopción de otras medidas, debiendo optarse por las más adecuadas para asegurar la eficacia de tutela jurídica y de la resolución definitiva[73].

2.3. EL PLAZO DEL RECURSO ESPECIAL

Como ha hemos destacado, la cuestión del plazo para la interposición del recurso –STJUE de 28 de enero de 2010, Comisión/Irlanda–, debe regularse con la finalidad de no generar incertidumbre. Pues bien, la reforma efectuada por la Ley 34/2010 amplia el plazo para la interposición del recurso y aporta una mejor definición del dies a quo para la interposición del recurso, diferenciado en función del acto que se pretenda recurrir[74]. En relación con la primera cuestión, con el objetivo de cumplir con lo dispuesto en el art. 2 quater de la Directiva 2007/66, se amplía el plazo para la interposición del recurso de diez a quince días hábiles. El precepto comunitario distingue, atendiendo al modo en que se comunique el acto recurrible, tres plazos mínimos que deben respetarse cuando un Estado decida que el recurso contra una decisión tomada en el marco o en relación con un procedimiento de adjudicación de contratos regulados por la Directiva 2004/18/CE debe interponerse antes de que expire un plazo determinado. Si la decisión se comunica

72. J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, «El sistema…», ob. cit, p. 36.
73. Existe un plazo de quince días con tramitación urgente con un plazo de dos días del órgano de contratación para presentar alegaciones y resolviendo de forma motivada en cinco días. Contra estas decisiones –estimando o no al pretensión de tutela cautelar– no cabe recurso. En el caso de acordarse la suspensión del procedimiento, ésta no afectará, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados (art. 313.4 LCSP).
74. Vid. M. A. BERNAL BLAY, «Nueva configuración del recurso especial en materia de contratación publica. comentario al proyecto de ley por el que se adapta la Ley de Contratos del Sector Publico a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007», Contratación administrativa practica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas, núm. 100, 2010, pp. 31-44.

por fax o por medio electrónico, el plazo para la interposición del recurso deberá ser de al menos diez días naturales a partir del día siguiente a aquel en que la decisión haya sido comunicada. Si se utilizan medios de comunicación distintos, el plazo mínimo para permitir la interposición del recurso será, bien de al menos quince días naturales a partir del día siguiente a aquel en que la decisión del poder adjudicador se haya remitido al licitador o candidato, bien de al menos diez días naturales a partir del día siguiente a la fecha de recepción de la decisión del poder adjudicador.

Igualmente, se define mejor el dies a quo para la interposición del recurso, si bien esta cuestión debe ser objeto de un detenido examen. Es preciso advertir que, bajo la apariencia de generalidad con que el art. 314.4 señala que los quince días hábiles dentro de los cuales habrá de interponerse el recurso se contarán a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135.4, se esconde en realidad un dies a quo aplicable únicamente al recurso planteado contra la decisión de adjudicación del contrato. Dos argumentos pueden esgrimirse –indica con acierto M. A. Bernal Blay– en defensa de esta tesis[75]. El primero, la remisión que el artículo 314.4 realiza al artículo 135.4 (precepto también modificado por Ley Reforma 2010) que se refiere precisamente a la notificación de la adjudicación del contrato. El segundo, el señalamiento, en párrafos sucesivos al que refiere la antecitada regla, de otras especiales para el cómputo del dies a quo cuando el recurso tenga por objeto los otros actos susceptibles de recurso. Así, cuando se recurra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 142 LCSP. Si se trata de recurrir bien actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción. Y por último, para interponer recurso contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de publicación. Como conse-

75. M. A. Bernal Blay, «Nueva configuración del recurso especial en materia de contratación publica. comentario al proyecto de ley por el que se adapta la Ley de Contratos del Sector Publico a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007», Contratación administrativa practica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas, núm. 100, 2010, pp. 31-44.

cuencia de lo anterior, se ha invertido el tratamiento del dies a quo para la interposición del recurso especial en materia de contratación pública. Si en la redacción original de la LCSP se fijaba primero un dies a quo de aplicación general y luego se especificaba el aplicable cuando el recurso lo fuese contra el acto de adjudicación provisional, ahora primero se fija el plazo para la interposición del recurso contra el acto de adjudicación (aunque no se señale expresamente y se proclame como regla general) para luego señalar el dies a quo del resto de actos que son susceptibles de recurso.

Siguiendo con la cuestión del dies a quo, llama la atención el hecho de que se haya modificado el que ha de tomarse en cuenta para interponer el recurso contra el acto de adjudicación y que puede resultar contrario a Derecho comunitario, a la vista de la doctrina del Tribunal de Justicia en su Sentencia de 28 de enero de 2010, Uniplex, al reconocer que[76]:

> 30…, el hecho de que un candidato o licitador tenga conocimiento de que su candidatura u oferta ha sido rechazada no le sitúa en condiciones de interponer efectivamente un recurso. Tal información es insuficiente para permitir al candidato o licitador descubrir la posible existencia de una ilegalidad que pueda fundamentar un recurso.
>
> 31 El candidato o licitador afectado sólo puede formarse una opinión bien fundada sobre la posible existencia de una infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de interponer un recurso después de ser informado de los motivos por los que ha sido excluido del procedimiento de adjudicación de un contrato.
>
> 32 De ello resulta que el objetivo de garantizar la existencia de recursos eficaces contra la infracción de las disposiciones aplicables en materia de adjudicación de contratos públicos, … sólo puede alcanzarse si los plazos establecidos para interponer estos recursos no comienzan a correr antes de la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción de dichas disposiciones.

Por este motivo, el dies a quo para la interposición del recurso contra la resolución de adjudicación se iniciará a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado, notificación que deberá acomodarse en cuanto a su contenido a lo dispuesto en el artículo 135.4.

Importa destacar esa referencia al artículo 135.4 LCSP, pues va a ser el cumplimiento de los trámites allí descritos lo que determinará efectivamente el inicio del plazo para la interposición del recurso contra el acto

76. Ya con anterioridad en la STJUE de 11 de octubre de 2007, Lämmerzahl, se había advertido que los plazos deben garantizar una adecuada tutela.

de adjudicación. En este sentido debe advertirse que se ha eliminado la posibilidad de que el licitador no adjudicatario pueda solicitar el informe de valoración al que antes aludíamos. Para ello, se modifica el artículo 137 LCSP, en el sentido de suprimir su apartado 1, que es el que recoge precisamente la posibilidad de solicitar el referido informe. Como contrapartida, se regula en el artículo 135.4 el contenido de la notificación de la adjudicación a los licitadores, que deberá contener, entre otros extremos, … c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas. Resulta por tanto que de la actual regulación establecida por la Ley Reforma 2010 deriva la obligación de remitir de oficio a los licitadores la información que les permita determinar si ha existido o no una infracción para, eventualmente, plantear un recurso. El problema que puede plantear la nueva regulación es que la información que contenga la notificación de la adjudicación sea demasiado general, o no pueda individualizarse en relación con algún licitador imposibilitando la eficacia del recurso, circunstancia que ya ha sido denunciada por la Comisión y aceptada por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 23 de diciembre de 2009 (Asunto C-455/08, Comisión Europea/Irlanda, apdo. 32). En tales casos, podría defenderse que el plazo para la interposición del recurso no inicia su cómputo en tanto los licitadores no reciban la información suficiente que les permita, en su caso, fundar su recurso.

2.4. LA TRAMITACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL. SU RÉGIMEN JURÍDICO

Aunque el derecho comunitario prevé una legitimación «contenida» (–doble criterio comunitario de interés en obtener el contrato y de perjuicio– entre otras SSTUE de 19 de junio de 2003, HackerMüller, y de 19 de junio de 2003, Fritsch, Chiari & Partner y otros), la LCSP ha optado por un régimen más amplio reconociendo que estarán legitimados para la interposición del recurso todas las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso y, en todo caso, por los licitadores[77]. En este concreto punto debe darse cuenta de la STC (Sala Primera),

77. En lo relativo a la legitimación Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha precisado en su Sentencia de 19 de junio de 2003 (GAT) que esta disposición no obliga a los Estados miembros a garantizar que dichos procedimientos de recurso sean accesibles a cualquier persona que desee obtener la adjudicación de un contrato público, sino que les permite exigir que, además, la persona interesada se haya visto perjudicada o pueda verse perjudicada por la infracción que alega, o lo que es lo mismo, que se trata de dos requisitos cumulativos y no alternativos. Vid. I. GALLEGO

núm. 119/2008 de 13 octubre que afirma que la falta de participación en un concurso público no es motivo para negar legitimación por falta de interés legítimo a un recurrente, considerando la interpretación de la que se deriva que para estar legitimado debe ser un licitador una medida rigorista y desproporcionada al impedir a la demandante obtener una respuesta judicial sobre el fondo de su pretensión[78]. En todo caso, deberá interpretarse atendiendo al fin de la normativa, de tal manera que, por ejemplo, carecerá de legitimación activa para impugnar la adjudicación del contrato una persona que, estimando discriminatorias las cláusulas de licitación, no las impugnó ni presentó oferta (STJUE de 12 de febrero de 2004, C-230/02, Grossmann Air Service, apartados 37 a 40).

El escrito de interposición del recurso se presenta en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para su resolución, lo que restringe las posibilidades que respecto de la presentación de escritos se prevén en el artículo 38.4 LAP (disposición que permite que la presentación de los escritos administrativos se efectúe en los registros de cualquier órgano administrativo, representaciones diplomáticas u oficinas consulares en el extranjero e incluso en las oficinas de correos).

De conformidad con lo que dispone el artículo 314 LCSP quien desee interponer un recurso debe anunciarlo previamente mediante escrito especificando acto a presenta ante el órgano de contratación en un plazo de quince días (comunicación previa que debe ser interpretada a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional en la sentencia 76/1996 –sobre comunicación previa a la interposición del recurso contencioso-administrativo–)[79]. La presentación del recurso, insistimos, debe realizarse en el Registro del órgano administrativo que ha de resolver el recurso especial. A este escrito se acompañará:

a) El documento que acredite la representación del compareciente,

---

CORCOLES, «Legitimación para instar la revisión de decisiones en materia de contratación pública», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 75, 2008, pp. 47-56. Por otra parte conviene advertir, como reseña BOITEAU, C., del giro restrictivo del Consejo de Estado en este concreto asunto. «La legitimación en el procedimiento de urgencia precontractual L'Arrêt SMIRGEOMES del Consejo de Estado Francés», RAP núm. 181, 2010, pp. 207-218.

78. De especial interés el estudio de RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., «La legitimación activa para interponer recursos precontractuales en la contratación pública (A propósito de la STC 119/2008, de 13 de octubre)», Aranzadi Repertorio de Jurisprudencia núm. 28/2008 (BIB 2008, 2792). Criterio confirmado por la STC 38/2010, de 19 de junio, en cuanto a un colegio oficial de arquitectos.

79. Esta opción supone una carga innecesaria, como bien apunta J. A. RAZQUIN, «El sistema…», ob. cit., p. 40.

salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo órgano, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento.

b) El documento o documentos que acrediten la legitimación del actor cuando la ostente por habérsela transmitido otro por herencia o por cualquier otro título.

c) La copia o traslado del acto expreso que se recurra, o indicación del expediente en que haya recaído o del periódico oficial o perfil de contratante en que se haya publicado.

d) El documento o documentos en que funde su derecho.

e) El justificante de haber dado cumplimiento a lo establecido en el apartado 1 de este artículo. Sin este justificante no se dará curso al escrito de interposición, aunque su omisión podrá subsanarse de conformidad con lo establecido en el apartado siguiente.

Como indica el 314.5 LCSP, para la subsanación de los defectos que puedan afectar al escrito de recurso, se requerirá al interesado a fin de que, en un plazo tres días hábiles, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, quedando suspendida la tramitación del expediente con los efectos previstos en el apartado 5 del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Los recursos especiales de contratación pública se tramitarán de conformidad con lo establecido en los artículos 312 a 318 de la Ley 30/2007, de 30 octubre, si bien las resoluciones dictadas en estos procedimientos serán susceptibles de recurso contencioso-administrativo. Cuando las resoluciones no sean totalmente estimatorias o cuando siéndolo hubiesen comparecido en el procedimiento otros interesados distintos del recurrente, no serán ejecutivas hasta que sean firmes o, si hubiesen sido recurridas, hasta tanto el órgano jurisdiccional competente no decida acerca de la suspensión de las mismas.

Así, interpuesto el recurso en plazo, se dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días –nuevamente hábiles– para formular alegaciones, y se reclamará el expediente, en su caso, a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, que deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe. Los licitadores tendrán, en todo caso, la condición de interesados en el procedimiento de recurso[80].

80. En todo caso, como recuerda la STJUE de 14 de febrero de 2008 (VAREC), el órgano que conozca este recurso debe garantizar adecuadamente la confidencialidad de las propuestas de los licitadores y el secreto de dicha información.

Una de las características principales, recordamos, es que una vez interpuesto el recurso, para dar cumplimiento a la doctrina Alcatel, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación (315 LCSP)[81]. Interpuesto el recurso, el órgano encargado de resolverlo lo notificará en el mismo día al órgano de contratación con remisión de la copia del escrito de interposición y reclamará el expediente de contratación a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, quien deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe. Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso, dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, y, de forma simultánea a este trámite, decidirá, en plazo de cinco días hábiles, acerca de las medi-

81. Como excepción tenemos los contratos derivados de un acuerdo marco. Esta regulación de la directiva ha sido trasladada a la LCSP en el nuevo apartado 5 del art. 182, incorporado por la ley 34/2010. Ese apartado establece que en los contratos derivados de un acuerdo marco podrá efectuarse la formalización del contrato sin necesidad de respetar el plazo suspensivo de 15 días hábiles para la interposición del recurso especial previsto en el art. 140.3 LCSP. Esto significa exclusivamente que la interposición del recurso especial no comporta la suspensión automática del contrato objeto de recurso, pero SI que procede la interposición de los recursos propios que establece la Ley: recurso especial o recurso contencioso-administrativo. Insistimos en que la formalización del contrato derivado armonizado en un plazo inferior a 15 días hábiles se constituye en una excepción a la obligación legal general del art. 140.3, en aras al principio de eficacia administrativa. La adjudicación de un contrato derivado de un acuerdo marco se notificará a los licitadores. Dicha notificación deberá comunicar el plazo máximo en el que se pretende realizar la formalización contractual (art. 135.4 LCSP). La adjudicación del contrato derivado no es objeto de publicación (tampoco en el perfil de contratante según establece el art. 182.4.f) que lo contempla como una posibilidad pero no una obligación). Por otra parte, el licitador no adjudicatario del contrato derivado cuenta con la opción de interponer, si concurren las circunstancias tasadas, la cuestión de nulidad. El artículo 37.1.d) LCSP contempla la posibilidad de interponer la cuestión de nulidad contractual contra un contrato derivado de un acuerdo marco si dicho contrato derivado es armonizado y se hubieran incumplido las normas sobre adjudicación establecidas en el párrafo segundo del artículo 182.4. Obviamente, la cuestión de nulidad que no procederá, según establece el artículo 37.3 LCSP, si concurren estas dos circunstancias: que el órgano de contratación haya respetado el plazo de 15 días hábiles para efectuar la formalización del contrato y que haya notificado a todos los licitadores afectados la adjudicación del contrato y los motivos de su rechazo si lo han solicitado. En resumen, el licitador no adjudicatario de un contrato derivado puede con carácter potestativo interponer el recurso especial contra la adjudicación del contrato derivado o la cuestión de nulidad, recursos que no se podrán acumular, es decir, no podrá interponer primero recurso especial y luego la cuestión de nulidad. Si ya se hubiera formalizado el contrato y el licitador hubiera interpuesto recurso especial éste será declarado inadmisible y deberá interponerse cuestión de nulidad en el plazo de un mes desde que recibió la notificación de la adjudicación contractual.

das cautelares si se hubiese solicitado la adopción de alguna en el escrito de interposición del recurso o se hubiera procedido a la acumulación prevista en el párrafo tercero del artículo 313.2 LCSP.

Los hechos relevantes para la decisión del recurso podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho. Cuando los interesados lo soliciten o el órgano encargado de la resolución del recurso no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, podrá acordarse la apertura del período de prueba por plazo de diez días hábiles, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes.

El órgano competente para la resolución del recurso podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada. La práctica de las pruebas se anunciará con antelación suficiente a los interesados. Asimismo, se deberá, en todo caso, garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver[82]. Corresponderá a dicho órgano resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que por ello, resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento.

---

82. Como recuerda la STJUE de 14 de febrero de 2008 (VAREC), el órgano que conozca este recurso debe garantizar adecuadamente la confidencialidad de las propuestas de los licitadores y el secreto de dicha información. La justificación es al siguiente:
«El objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos comprende la apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 44).
Para alcanzar dicho objetivo, es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores.
Además, tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa comunitaria en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Éstos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que éstas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores.
Por dichas razones, el artículo 15, apartado 2, de la Directiva 93/36 establece que las entidades adjudicadoras tienen la obligación de respetar el carácter confidencial de todas las informaciones proporcionadas por los proveedores.»

La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado[83]. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, sobre la retroacción de actuaciones, o sobre la concesión de una indemnización a las personas perjudicadas por una infracción procedimental.

El procedimiento del recurso especial finaliza con la resolución. A diferencia de la regulación anterior, el plazo para dictarla es de cinco días hábiles a contar, no desde la interposición, sino desde la recepción de las alegaciones de los interesados o del transcurso del plazo señalado para su formulación y el de prueba en su caso (art. 317.1 LCSP). Transcurridos estos plazos sin haberse notificado resolución expresa el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo[84].

Contra la resolución adoptada –expresa o presunta– procederá la interposición del recurso contencioso-administrativo[85]. La reforma de la LJCA que se realiza por la Ley 34/2010 otorga competencia a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional para conocer las impugnaciones contra las resoluciones dictada por el Tribunal Central de Recursos Contractuales y a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer de los recursos contra las resoluciones dictadas por el órgano competente para la resolución de

83. En todo caso insistimos, la resolución que decida el recurso habrá de ser motivada, y ello no sólo por establecerlo así el propio artículo. 37 de la LCSP, sino también por ser ésta una exigencia explícita de la Directiva 89/665/CEE.

84. Por tanto, el silencio produce efectos negativos de acuerdo con la regla general del artículo 43.2 LAP.

85. Ésta es una opción de política legislativa nacional, dado que el derecho comunitario no exige un acceso a la jurisdicción. Así lo recuerda la reciente STJUE de 21 de octubre de 2010, *Symvoulio Apochetefseon Lefkosias*, afirmando que la Directiva de recursos no impone a los Estados miembros la obligación de establecer también a favor de las entidades adjudicadoras un medio de recurso de carácter jurisdiccional contra las decisiones de los organismos de base, de carácter no jurisdiccional, responsables de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos; pero tampoco impide que los Estados miembros prevean, en su caso, en sus ordenamientos jurídicos dicho medio de recurso a favor de las entidades adjudicadoras.

recursos en materia de contratación previsto en el artículo 311 de la LCSP en relación con los contratos incluidos en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones locales[86].

3. VALORACIÓN DE LA NUEVA REGULACIÓN Y SU EVENTUAL «VOLATILIDAD»

El sistema descrito parece un sensible avance frente al régimen jurídico anterior, si bien plantea dos evidentes «lagunas»[87]. La primera es que se limita a los contratos armonizados lo que no tiene, como ya hemos advertido, justificación (de hecho la referida Comunicación interpretativa de la Comisión de 1 de agosto de 2006 aconseja la existencia de recursos eficaces al margen del importe del contrato)[88]. En esta línea se había ya manifestado el Consejo de Estado en su preceptivo Dictamen 514/2006 al afirmar que:

> «La primera duda que plantea la regulación proyectada para el nuevo recurso especial y el nuevo sistema especial de medidas provisionales radica en su ámbito de aplicación. Con arreglo a los artículos 37.1 y 38.1 del anteproyecto, tales mecanismos son únicamente aplicables en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, por lo que no se extenderán a los restantes contratos del sector público. A juicio del Consejo de Estado, esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos.
>
> La finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema especial de medidas cautelares es, en último término, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que pueda plantearse se tramiten y resuelvan antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada.

86. En consecuencia, cuando una Comunidad Autónoma opta por el convenio con el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se altera el recurso contencioso que se «desplaza» a la Audiencia Nacional.
87. También critico por cierta insuficiencia, se manifiesta J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, «El sistema…», ob. cit., pp. 50 a 52.
88. Crítico con esta opción es también J. BERASATEGUI, «El control administrativo independiente de la contratación Pública», *Diario La Ley*, núm. 6650, 13 de febrero de 2007, p. 4. También por J. A. MORENO MOLINA, «La Ley 34/2010 y la adaptación…», ob. cit., pp. 20 a 30; ibídem, *La reforma de la Ley de Contratos…*, ob. cit., pp. 173-182. Igualmente, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 18/2008, de 21 de julio.

Por estas razones, y aun cuando las exigencias de la Directiva de recursos queden cumplidas con aplicar estos mecanismos de garantía a los contratos sujetos a regulación armonizada, sería conveniente valorar su extensión a todos los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del anteproyecto de Ley.

Así se ha hecho en el Derecho francés, cuyo référé précontractuel, aunque creado en cumplimiento de la normativa comunitaria, se extiende al control de la observancia de las reglas de publicidad y concurrencia de todos los contratos, estén o no en el ámbito de aplicación de las directivas. Frente al ejemplo francés, otros países, como Alemania, han optado por restringir la aplicación de esta vía especial de recurso a los contratos sujetos a la regulación comunitaria, una solución a la que nada hay que oponer desde el punto de vista del cumplimiento de las normas comunitarias, pero que sin duda resulta menos garantista para los administrados.»

Eso significa que para los contratos no armonizados no existe este recurso y la LCSP remite a la legislación general[89], lo que genera una

89. La Junta Consultiva de contratación Administrativa del Estado mediante Informe 48/08, de 29 de enero de 2009, analiza qué recursos proceden en la adjudicación provisional en contratos no sometidos a regulación armonizada afirmando que sólo pueden interponerse los recursos previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; artículo 107 de la misma: «Contra las resoluciones y actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición». Se recuerda que el recurso a interponer será normalmente el potestativo de reposición como previo al contencioso administrativo, pues por regla general las resoluciones dictadas por los órganos de contratación ponen fin a la vía administrativa. Sin embargo, existe un supuesto en el que esto no es así. En efecto las Juntas de Contratación, tienen el carácter de órganos de contratación pero no ponen fin a la vía administrativa por lo que sus resoluciones, antes de ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso administrativa, deberán ser objeto de recurso de alzada ante el superior jerárquico de la misma, debiendo entenderse por tal el órgano del que han recibido las competencias que tengan atribuidas. Interesa destacar la naturaleza del acto de a provisional (cuestión analizada ya con detalle por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 18/2008, de 21 de julio) afirmando: En primer lugar debe ponerse de manifiesto, en contra de lo que parece decir la consulta, que los actos de adjudicación provisional del contrato no son propiamente actos de trámite ni se acuerdan por la Mesa de contratación.
Por el contrario, son actos resolutorios del procedimiento de adjudicación tal como se desprende del artículo 135 de la Ley de Contratos del Sector Público en sus apartados 4 y 5 en los que al hablar de la elevación a definitiva de la adjudicación provisional en ningún caso contempla la posibilidad de que ésta sea modificada por aquélla, limitándose a admitir la posibilidad de que no se convierta en definitiva sólo en el caso de que el adjudicatario no cumpla las obligaciones complementarias que la Ley le impone a este efecto.
Con independencia de ello, o tal vez precisamente por ello, las adjudicaciones provi-

dualidad de recursos con reconocimiento de la doble jurisdicción –civil o administrativa- en función de su naturaleza o no de Administración pública, con la quiebra del principio de los actos separables[90].

Convendría, por ello, diseñar un concreto régimen de recursos al margen del importe del contrato[91]. Esta opción es por la que se había ya decantado la Comunidad de Baleares en su Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico, al introducir en su artículo 66 un Recurso especial en materia de contratación[92]:

> «1. Contra los actos de los órganos de contratación podrá interponerse un recurso especial en materia de contratación. Este recurso, al cual resulta de aplicación el régimen jurídico previsto en la legislación básica

---

sionales se acuerdan por el órgano de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 135.3 LCSP.

De igual modo conviene indicar que entre la adjudicación provisional y la definitiva no existe ningún acto administrativo propiamente dicho, sino el mero transcurso de un plazo que en los casos contemplados en este informe no tiene más finalidad que permitir la presentación de la documentación complementaria contemplada en el precepto mencionado. Sentado lo anterior, y en cuanto al régimen jurídico de los recursos que pueden interponerse contra los actos de trámite previos a la adjudicación provisional del contrato, fuera de aquellos casos en que se admite la interposición del recurso especial del artículo 37 de la Ley, procede señalar que serán los indicados en el artículo 107 de la Ley 30/1992 antes mencionado. Ello supone que el plazo de interposición de los recursos que tal artículo contempla será el de un mes (artículos 115.1 y 117.1) sin que por el mero hecho de interponerlos se suspenda la ejecución del acto administrativo impugnado.

Como consecuencia es posible, desde el punto de vista legal, que la resolución del recurso se dicte después de haber concluido el procedimiento de adjudicación del contrato e incluso, podría ocurrir que el contrato se encontrase al menos parcialmente ejecutado. Ésta es una situación que sólo se puede evitar si el recurrente solicita la suspensión y el órgano de contratación encargado de resolver el recurso acordase concederla antes de resolver sobre el fondo.

90. S. Del Saz, «La nueva Ley de Contratos del Sector Público ¿un nuevo traje con las mismas rayas?», *RAP*, 174, 2007, p. 349. Vid. también Gimeno Feliu, José María, «El ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP: luces y sombras», *RAP* núm. 176, 2008, pp. 9-54.
91. Postulan un recurso especial de alcance general, con independencia de la cuantía del contrato, entre otros, J. M. Baño León, «El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional», en el libro col. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, ob. cit, p. 337; Noguera de la Muela, «El recurso especial…», cit., pp. 105-106.
92. Sobre el mismo puede consultarse Espinar Maat, F., «El sistema de recursos y reclamaciones contra la adjudicación de los contratos. Comentarios a la Circular interpretativa 1/2009, de 30 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Isla Baleares», Contratación Administrativa Práctica núm. 93, 2010, pp. 38-40; y Espinar Maat, F. y Fons Recuenco, A. M., «El recurso especial en materia de contratación de las Islas Baleares tras la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público», Contratación Administrativa Práctica núm. 93, 2010, pp. 41-45.

para el recurso de reposición, tendrá carácter potestativo, lo resolverá la Junta Consultiva de Contratación y substituirá, a todos los efectos, al recurso de reposición.

2. El recurso podrá interponerse ante el órgano de contratación o directamente ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Si el recurso se interpone ante el órgano de contratación, éste lo remitirá a la Junta en el plazo de diez días, con un informe jurídico y con una copia completa y ordenada del expediente de contratación. Si se interpone ante la Junta, ésta requerirá la remisión del expediente y el correspondiente informe al órgano de contratación.

3. La competencia de la Junta Consultiva para resolver comprende también la facultad de suspender la ejecución del acto impugnado y, en su caso, la adopción de medidas cautelares.

4. Los acuerdos que adopte la Junta Consultiva serán vinculantes para el órgano de contratación que dictó el acto impugnado».

En esta misma línea se situó la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos, que opta por un recurso facultativo ante la Junta de Contratación Pública y que no limita por el importe del contrato. El fundamento de esta nueva regulación (Título II del Libro III) no sólo es comunitaria sino de fines internos, apostando por las nuevas tecnologías como condición de ejercicio[93]. Como indica la Exposición de Motivos de la referida Ley:

«El Libro Tercero incorpora, como gran novedad, la reclamación en materia de contratación pública, que viene a transponer la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, mediante la creación de un recurso administrativo de carácter potestativo y sustitutivo, con plazos muy breves de resolución, con el fin de cumplir el objetivo de dicha Directiva de crear medios de recurso eficaces y rápidos, especialmente en la fase en la que las infracciones aun pueden corregirse. Se ha optado por la creación de un recurso administrativo ya que en esta materia la Comunidad Foral de Navarra dispone de competencias. Además, a la luz de lo dispuesto en el artículo 60.1 de la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el órgano que lo resolviese debía no estar sometido a instrucciones jerárquicas y ser de carácter colegiado. En este sentido, era clara la opción a favor de la Junta de Contratación Pública por cuanto a la ausencia de una dependencia jerárquica se le une el hecho de ser un órgano altamente especializado en la materia.

93. Sobre su contenido me remito al estudio de J. A. RAZQUIN LIZAGARRA, «Las reclamaciones y otras medidas de control en materia de contratación pública», en Libro Col. (Dir. J. CRUZ ALLI) *La Contratación administrativa en Navarra*, «Las Disposiciones comunes a todos los contratos administrativos», INAP, Pamplona 2007, pp. 733-796.

La reclamación en materia de contratación pública se prevé de aplicación a todas las licitaciones de las personas y entidades sometidas a la Ley Foral, si bien en razón de que la regulación de las Entidades Locales de Navarra se encuentra sometida a la exigencia de una Ley Foral de mayoría absoluta, se pospone la entrada en vigor de la reclamación al momento en que se modifique la Ley Foral reguladora de la Administración Local y en los términos que ésta establezca, sin perjuicio de que las Entidades Locales puedan invocar tal remedio procesal, al menos transitoriamente, para garantía de sus licitadores y contratistas.»

Estas opciones autonómicas, ejemplo de que existen otras soluciones desde la perspectiva de técnica legislativa, resultan más conformes a los requisitos de la Directiva comunitaria de «recursos» y la jurisprudencia del TJUE dictada en su aplicación y son un ejemplo de decisiones que garantizan el «efecto útil» del mecanismo de control[94].

Una segunda critica es el carácter potestativo del recurso –sugerencia del Consejo de Estado en su Dictamen 514/2006, de 25 de mayo[95]– dado que plantea problemas procesales y procedimentales que pueden resentir la correcta ejecución del contrato, generando una innecesaria inseguridad jurídica[96]. Lo explica muy elocuentemente M. A. BERNAL BLAY al afirmar

94. En todo caso, siguiendo el modelo de las instituciones comunitarias y del ordenamiento francés parece conveniente que la LCSP hubiera previsto la constitución de un Consejo Consultivo para la apertura de la Contratación pública, interdisciplinar y con representación autonómica, empresarial y académica, y que debe servir de foro u observatorio para analizar el mercado de los contratos públicos e informar y proponer iniciativas que garanticen los objetivos de una adecuada y correcta política de contratación pública.

95. Apartado X.4.b). Es cierto que se había criticado el carácter obligatorio del recurso especial (Critica el carácter obligatorio del recurso por su poca virtualidad práctica al ser resuelto por el mismo órgano de contratación y ser en consecuencia un obstáculo para el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, MENÉNDEZ DE LA CRUZ, C., «El recurso especial en materia de contratación», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 71 (2008), págs. 50 y ss. También LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ («El control de la adjudicación de los contratos públicos. En particular, el recurso especial y las medidas cautelares», *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales*, Dir. MORENO MOLINA, J. A., CEMCI, Granada, 2008, p. 309) defendió la conveniencia del carácter potestativo del recurso especial para que fuera el operador el que tuviera la opción de decidir si utilizarlo o no y para que no fuera un obstáculo innecesario que retrasase una decisión sobre la ilegalidad invocada, en la medida en que en España «la estimación de los recursos administrativos previos es mínima o prácticamente nula». La autora entiende aplicable en este punto la doctrina del TJUE sobre limitación de acceso a los procedimientos de recurso establecida en las sentencias de 19 de junio de 2003, asunto C-410/01, Fritsch y de 12 de febrero de 2004, asunto C-230/00, Grossmann) pero en un contexto de fiscalización por el mismo órgano y de un tribunal independiente.

96. Críticos con el anterior carácter obligatorio del recurso especial habían sido LÓPEZ CONTRERAS GONZÁLEZ, «El control de la adjudicación de los contratos públicos. En particular, el recurso especial y las medidas cautelares», libro col. La Ley de Contra-

que «el carácter potestativo del recurso especial en materia de contratación supone de facto la apertura de una doble vía de recurso (administrativo especial o jurisdiccional) para la impugnación de acuerdos tomados en el seno de un procedimiento de contratación». Tal circunstancia, parece que admisible desde el punto de vista comunitario, no está exenta de dificultades prácticas, habida cuenta de las diferencias procesales existentes en función de optar por la vía administrativa o la judicial. De esas diferencias procesales, la que con mayor claridad se advierte es el plazo para la interposición de los recursos, 15 días hábiles, computados de manera diferente en función del acto que se recurra (artículo 314.2 LCSP), para el caso del recurso especial en materia de contratación pública, o bien dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso (artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), para el caso de interponer el recurso contencioso-administrativo.

Del mismo modo, se observan diferencias en cuanto a los efectos que, según el Derecho comunitario, la interposición del recurso (sea de la clase que sea) debe producir. En este sentido, en primer lugar, el artículo 1.1 pfo. 3 de la Directiva 89/665/CEE (tras su modificación por la Directiva 2007/66/CE) se refiere a la garantía de que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 septies de la Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratación públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa. La eficacia también se predica respecto de la ejecución de las decisiones adoptadas en los procedimientos de recurso (artículo 2.8 de la Directiva). Una manifestación de esas garantías de eficacia y rapidez de los recursos la encontramos en el artículo 2.3 de la Directiva 89/665/CEE (también tras su modificación por la Directiva 2007/66/CE), que dispone la suspensión automática del procedimiento cuando el recurso se plantee contra la decisión de adjudicación de un contrato (los Estados miembros garantizarán que el poder adjudicador no pueda celebrar el contrato), y que se mantiene hasta que el órgano competente para la resolución del recurso se pro-

---

tos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales, CEMCI, Granada, 2008, p. 309; y MENÉNDEZ DE LA CRUZ, «El recurso especial en materia de contratación», Contratación Administrativa Práctica núm. 71, 2008, pp. 50 y ss. Ciertamente, en un recurso ante el mismo órgano que realizó la adjudicación pudiera resultar una carga, pero no así cuando el recurso se sustancia –ahora sí– ante un órgano independiente.

nuncie sobre la solicitud de medidas provisionales o sobre el fondo del recurso. Esta garantía de suspensión del procedimiento se recoge en el artículo 315 del Proyecto de Ley, para el caso de que se interponga el recurso especial en materia de contratación, pero la automaticidad de la suspensión no está tan clara si atendemos a lo dispuesto en los arts. 129 y 130 LJ, reguladores de la adopción de medidas cautelares en el seno de un procedimiento contencioso-administrativo. En este segundo caso, la suspensión de la celebración del contrato se adoptará cuando lo solicite una de las partes, y únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso, pudiendo además denegarse tal medida cautelar cuando de su adopción pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada. ¿A qué nos lleva en este punto esa diferenciación de vías de recurso? A que su interposición produzca efectos distintos, en particular, en cuanto al objetivo que persigue la Directiva comunitaria de que no se celebre un contrato sin que previamente se haya resuelto el recurso planteado contra la decisión de adjudicación del mismo. «La suspensión automática del procedimiento solamente se producirá cuando contra el acto de adjudicación del contrato se interponga el recurso especial en materia de contratación, no teniendo por qué suspenderse dicho procedimiento cuando ese mismo acto se recurra por la vía jurisdiccional»[97]. Por ello, hubiera sido mejor regular un recurso obligatorio y preclusivo con plazos efectivos, que conciliase tanto el derecho a la defensa como a la pronta ejecución de la prestación[98].

Aunque desde una perspectiva teleológica este nueve sistema de recursos supone un avance, plantea serias limitaciones prácticas derivadas principalmente de su carácter potestativo y su limitación cuantitativa a los contrato de importe armonizado. Junto a ello, puede resultar cuestionable desde la perspectiva del derecho comparado donde mayoritariamente se ha optado por un modelo jurisdiccional.

---

97. M. A. Bernal Blay, «Nueva configuración del recurso especial…», ob. cit., pp. 31 y ss. Esta misma opinión critica con el carácter potestativo es defendida por J. A. Moreno Molina, «La Ley 34/2010…», ob. cit., pp. 27 a 30.
98. Así parece haberse entendido, paradigmáticamente, para el caso de las reclamaciones en los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, donde la pretendida modificación de los artículo s. 101 a 108 de la Ley 31/2007 por el mismo Proyecto de Ley no parece implicar variación respecto del carácter obligatorio de este tipo de reclamaciones. La obligatoriedad de la reclamación, en este caso, puede deducirse de la circunstancia de que no se advierte expresamente su carácter potestativo.

En el Derecho comparado europeo tenemos los ejemplos del «référé précontractuel» francés (Ley de 4 de enero de 1992, modificada por la Ley de 30 de junio de 2004), inspirador de las directivas comunitarias sobre recursos 42 o del contencioso precontractual portugués regulado en el Código del Proceso de los Tribunales Administrativos (Ley 15/2002, artículos 100 a 103, que conforman la sección II del capítulo I, «De las impugnaciones urgentes», del Título IV, «De los procesos urgentes»)[99]. Esta opción, desde la lógica del sistema quizá parece la más coherente –como bien destaca el profesor BAÑO LEÓN[100]– aunque desde la realidad práctica quizá no resulta tal desacertada la opción del tribunal administrativo, a la vista de tempos que actualmente marcan los Tribunal contenciosos en la resolución de los recursos[101].

En todo caso, conviene insistir en que el correcto funcionamiento de la contratación pública con objetivos de política pública como vectores de su concreto diseño exige la existencia de mecanismos de control efectivos y rápidos por autoridades independientes ya sean judiciales –mediante la oportuna reforma procesal–, o mediante «arbitrajes administrativos» independientes y con estatus de juez (así lo exige la Directiva «recursos»). Sin esta previsión las concretas medidas se convertirán en pura utopía permitiendo la apertura cuando menos de peligrosos portillos a las corruptelas que generan ineficiencia y nula credibilidad del sistema[102].

---

99. Véase sobre este recurso, que se destaca junto a los de Francia y Alemania y en contraste con la ausencia de una regulación similar en España, NOGUERA DE LA MUELA, B., «El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE», en J. M. GIMENO FELIU (Ed): El Derecho de los contratos públicos, Monografía núm. X de la Revista Aragonesa de Administración Pública, pág. 329.
100. J. M. BAÑO LEÓN, «Jurisdicción y recursos», *Diccionario Contratación Pública* (Dir. J. BERMEJO), Iustel, Madrid, 2008, p. 390.
101. Basta con analizar los datos elaborados por el CGPJ. *La Justicia dato a dato. Año 2008*, Madrid, 2009. Sobre de la dimensión sociológica de la jurisdicción contencioso administrativa, con una pormenorizado análisis de la congestión de los Tribunales y su lentitud en la resolución de asuntos, resulta de gran interés consultar las ediciones anuales elaboradas por MARTÍN REBOLLO, L. de las *Leyes administrativas*, Aranzadi, Pamplona (16 ed., 2010), «Estudio preliminar. Introducción a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa».
102. Me remito a mi trabajo «La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar al integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación Pública», REDA núm. 147, 2010, pp. 517-535. Igualmente critico con la escasa regulación del arbitraje en el artículo 320 LCSP y su no extensión en la fase de ejecución a las Administraciones Públicas, se muestra J. A. MORENO MOLINA, *La reforma de la Ley…*, ob. cit., p. 138.

Capítulo 7

Contratos públicos y régimen «cualificado» de invalidez: supuestos especiales y cuestión de nulidad

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES
Profesora Titular de Derecho administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: 1. CUESTIONES PREVIAS SOBRE NULIDAD, ANULABILIDAD E INEFICACIA EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. 2. LA «INEFICACIA» COMO SANCIÓN DE LOS INCUMPLIMIENTOS MÁS GROSEROS DEL DERECHO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SUS IMPLICACIONES EN DERECHO ESPAÑOL. 3. EL NUEVO RÉGIMEN DE INVALIDEZ PRIVILEGIADO: LOS SUPUESTOS DE NULIDAD. *3.1. Ámbito de aplicación de los supuestos especiales de nulidad. 3.2. Los vicios de nulidad.* 3.2.1. La indebida adjudicación sin previa publicación de un anuncio de licitación y sus excepciones. 3.2.2. Formalización del contrato con vulneración del plazo suspensivo o de la suspensión automática del art. 311 LCSP. 3.2.3. Adjudicación ilegal de contratos basados en acuerdos marco o sistemas dinámicos de contratación. 4. LA CREACIÓN DE UN RÉGIMEN DE INVALIDACIÓN ESPECÍFICO: LA CUESTIÓN DE NULIDAD. 5. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD Y LA POSIBLE CONSERVACIÓN DE EFECTOS DEL CONTRATO NULO. *5.1. Ineficacia frente a conservación de los efectos del contrato en los supuestos en los que concurra una razón imperiosa de interés general. 5.2. Sanciones alternativas a la ineficacia. 5.3. La tutela del adjudicatario en los supuestos de la reducción de la duración del contrato. 5.4. La compensación del recurrente en los supuestos de mantenimiento de la eficacia del contrato.* 6. CONSIDERACIONES FINALES.

1. CUESTIONES PREVIAS SOBRE NULIDAD, ANULABILIDAD E INEFICACIA EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Los artículos 31 y ss. de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) disciplinan la invalidez de algunos de los

contratos del sector público. Sólo de algunos, porque el artículo 31 LCSP establece que además de los casos en los que la invalidez deriva de la ilegalidad de su clausulado, los contratos de las Administraciones Públicas y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el art. 17, serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o los de la adjudicación, por concurrir en los mismo alguna de las causas de Derecho administrativo o de Derecho civil a que se refieren los artículos siguientes. Por tanto, los contratos de los poderes adjudicadores distintos de las Administraciones Públicas, cuando no tengan la condición de contratos sometidos a regulación armonizada, encuentran su régimen de invalidez fuera de la LCSP, en el Derecho privado.

Dado que los regímenes de invalidez en el ámbito del Derecho público y el privado no son ni mucho menos equiparables, ya resaltamos en su día esta solución puede ser una fuente de distorsión del sistema, pues resulta disfuncional que a una misma persona jurídica se le apliquen dos regímenes tan diferentes de invalidez. En cualquier caso, para tratar de mitigar estos efectos, habrá que entender que la vulneración de las normas de Derecho público aplicables a estos contratos constituyen una vulneración de orden público que conlleva la nulidad radical del contrato (*ex* art. 6.1 y 1255 CC)[1].

Por tanto, no se puede hablar de un régimen unívoco de invalidez de contratos del sector público, porque determinados contratos hayan su disciplina en la materia en la LCSP y otros en el Código Civil. En cualquier caso, la regulación de la invalidez de los contratos celebrados por Administraciones Públicas (sean públicos o privados) y de los poderes adjudicadores cuando estén sometidos a regulación armonizada –recogida en la LCSP– es harto confusa, y se puede sistematizar como exponemos a continuación[2].

En primer lugar, se fijan una serie de normas que disciplina *régimen de validez de los contratos*, es decir, un conjunto de reglas que establecen cuándo un contrato es contrario al ordenamiento jurídico.

Cuando se trata de contratos celebrados por Administraciones Públicas, definidas en el artículo 3 LCSP, a efectos de esta Ley, y de contra-

1. GALLEGO CÓRCOLES, I. «Algunas reflexiones en torno al ámbito subjetivo de la Ley de Contratos del Sector Público». *Contratación Administrativa Práctica,* núm. 74.
2. La hemos estudiado con cierto detalle en GALLEGO CÓRCOLES, I., «Comentario a los artículos 31 a 36», en CASTRO ABELLA (Coord.), *Contratación del Sector Público Local,* 2º Ed., La Ley, 2010, págs. 273 y ss.

tos sujetos a regulación armonizada, el contrato será inválido cuando lo sea su articulado, y también cuando sean inválidos los actos preparatorios o la adjudicación, tal y como se regula en los artículos 31 y ss. LCSP. Por tanto, en nuestro Derecho, de modo tradicional y a diferencia de otros Ordenamientos[3], se ha admitido pacíficamente la transmisibilidad de la invalidez de la adjudicación al contrato mismo. Por otro lado, nuestra Ley conserva una duplicidad de regímenes; por un lado, se mantiene la distinción nulidad y anulabilidad y, por otro, se diferencia entre vicios de Derecho administrativo y vicios de Derecho civil[4].

La LCSP disciplina igualmente el *régimen de invalidación de los actos preparatorios o de adjudicación*, definido como el conjunto de reglas que determinan el sistema de control de la conformidad de dichos actos al ordenamiento jurídico. En Derecho administrativo este régimen es doble, pues la nulidad de los actos preparatorios o de la adjudicación puede controlarse bien a través de la revisión de oficio, bien a través del sistema de recursos.

Tal y como dispone el art. 34 LCSP, la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada se efectuará de conformidad con lo establecido en la Ley 30/1992. Por tanto, cuando se trate de contratos celebrados por Administraciones Públicas y de contratos sujetos a regulación armonizada, el conjunto de reglas que determinan el sistema de control de la conformidad de los actos preparatorios o de adjudicación del sector público al ordenamiento jurídico es el definido por los artículos 102 a 119 LPC. En este sentido, se puede comprobar que el régimen de invalidación de los actos preparatorios o de adjudicación es distinto según se trate de actos nulos –artículo 102 LPC– o actos anulables –artículo 103 LPC– siempre que se trate de la vía de revisión de oficio, no así si se controla la validez del acto a través de recurso.

En efecto, en el caso de que se interponga por persona legitimada

3. Vid. *infra.*
4. Según el Derecho civil, serán nulos de pleno derecho los contratos que incluyan cláusulas contrarias a los preceptos civiles de carácter imperativo, a la moral o al orden público (art. 6.1 y 1.255 CC) y los celebrados con infracción de los requisitos constitutivos del contrato (salvo cuestiones de capacidad). Por su parte, las causas de anulabilidad se centrarían en torno a los problemas derivados de los vicios del consentimiento (arts. 1265 y ss. CC). Sobre la falta de aplicabilidad práctica de estas causas de invalidez a los contratos celebrados por el sector público a los que son aplicables el art. 31 y ss. LCSP, vid. GALLEGO CÓRCOLES, I., «Comentario al art. 35», *op. cit.,* págs. 324 a 326.

un recurso administrativo, como es conocido la LCSP diseña una doble vía, aunque ésta es independiente del tipo del vicio que de origen al recurso. En el caso de los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 193.000 euros, o contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años, procede la interposición del recurso especial en materia de contratación, ahora regulado en los arts. 310 y ss. LCSP. En los demás supuestos de contratos administrativos, procede la interposición de los recursos ordinarios, tal y como establece ahora expresamente el art. 310.5 LCSP[5].

Finalmente, el *régimen de eficacia de los actos jurídicos declarativos de la invalidez*, consiste en el conjunto de reglas que establece el tipo de eficacia (temporal) de estos actos. El artículo 35 LCSP establece que la declaración de nulidad produce una destrucción retroactiva de los efectos que se hubieren producido, de forma que todo vuelve al estado anterior, como si el contrato no hubiera existido jamás, lo que en principio se consigue con su liquidación y la consiguiente restitución de todas las prestaciones que las partes hubieren realizado, o cuando esto sea imposible, de su valor. Además, dicho precepto prevé que pese a la declaración de nulidad, el contrato pueda seguir produciendo efectos, si la declaración de nulidad produjese «un grave trastorno al servicio público». Y aunque el precepto, en sentido estricto, se refiere a la nulidad, idénticas consecuencias pueden extraerse en relación con la anulabilidad del contrato, ya que como señala BELADÍEZ ROJO[6] lo único que diferencia la nulidad de pleno derecho de la anulabilidad es el otorgar mayores o menores facilidades para ejercer la acción impugnatoria, pues una vez que ésta se ha ejercido, el resultado práctico pretendido es el mismo en uno u otro caso; declarar formalmente la invalidez del acto para privarle así de su eficacia. En este sentido, la regla general sería

5. A ello hay que añadir que, tal y como establece el art. 21.2 LCSP, el orden jurisdiccional civil será el competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sometidos a una regulación armonizada.
6. BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos,* Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 62. Por su parte, afirma GARCÍA LUENGO, J. (*La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos,* Civitas, 2002, pág. 306) que no puede afirmar axiomáticamente que la declaración de nulidad de un acto produce efectos *ex tunc* y la mera anulación sólo produce efectos *ex nunc.*

que la declaración de invalidez de un acto administrativo, y por ende, si es el de adjudicación, el del contrato, tiene efectos retroactivos.

En definitiva, la diferencia fundamental entre actos preparatorios o adjudicaciones nulas y actos preparatorios y adjudicaciones anulables es que están sometidos a un régimen de invalidación distinto, siempre que se trate de la revisión de oficio, no así cuando se controla la validez de los actos preparatorios o de la adjudicación del contrato a través de un recurso. Porque, si el control de la validez de los actos preparatorios o del contrato se efectúa en vía de recurso, la diferencia fundamental en relación con el régimen de invalidación, la posibilidad de recurrir al recurso especial en materia de contratación no se debe al origen del vicio, sino, principalmente, al valor estimado del contrato. Y en todo caso, la invalidez se transmite al contrato, si este se ha perfeccionado.

En este marco conceptual, ya de por sí algo complejo, ha venido a irrumpir la nueva regulación que a los artículos 37 a 39 LCSP ha dado la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las leyes 30/2007 y de la Ley 31/2007. La reforma ha introducido unos supuestos especiales de nulidad (art. 37 LCSP), a los que acompaña la regulación de un régimen peculiar de conservación de los efectos contrato nulo (art. 38 LCSP) y de un disciplina especial de control (art. 39 LCSP). En este punto, como en la práctica totalidad de los preceptos afectados por aquella norma, la reforma se ha visto motivada por la obligación de trasponer la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos. Por ello, la comprensión de nuestro modelo de transposición ha de partir, necesariamente, de un somero análisis de las implicaciones que ha introducido la Directiva 89/665/CEE tras su modificación por la Directiva 2007/66/CE (en adelante «Directiva Recursos»).

En términos valorativos, la incorporación del Derecho europeo a la LCSP se ha hecho de un modo que adolece de excesiva literalidad, habiéndose preocupado el legislador español casi de forma obsesiva de eludir los posibles reproches de la Comisión Europea. Aunque son comprensibles estas razones, la opción seguida no facilita en absoluto la seguridad jurídica en un ámbito, el de la nulidad, que no se caracteriza precisamente por su nitidez. A lo largo de estas páginas se pondrán de manifiesto cómo algunas de las soluciones adoptadas adolecen de una innecesaria complejidad dada la inadecuada técnica normativa em-

pleada. Y cómo, pese a los esfuerzos realizados, pueden advertirse algunos incumplimientos puntales de la «Directiva Recursos».

2. LA «INEFICACIA» COMO SANCIÓN DE LOS INCUMPLIMIENTOS MÁS GROSEROS DEL DERECHO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SUS IMPLICACIONES EN DERECHO ESPAÑOL

En el diseño inicial de la «Directiva Recursos» se establecía que los efectos de la declaración de invalidez de la adjudicación se determinarían con arreglo al Derecho nacional. Era por tanto este Derecho el que determinaba la sanción que anudaba a la declaración de invalidez de los actos precontractuales (art. 1.6), que, en consecuencia, podía ser bien la conservación del contrato, bien la declaración de ineficacia de los contratos celebrados con vulneración del Derecho europeo, como ha sido la solución tradicional en nuestro Ordenamiento.

Ahora bien, dada la finalidad de la Directiva 2007/66/CE de reforzar los mecanismos de recurso, era inevitable que matizara la regla tradicional de indiferencia del Derecho europeo en relación con la suerte que habría de correr el contrato adjudicado con vulneración de las normas europeas sobre contratación pública. Porque la nueva versión de la «Directiva Recursos» pretende incorporar una sanción efectiva, proporcionada y disuasoria que funcione como mecanismo de cierre del sistema y que garantice el cumplimiento de todo el sistema de garantías de las normas sustantivas sobre contratación[7]. De esta forma, el Derecho de la Unión Europea obliga ahora a los Estados miembros a sancionar con «ineficacia» lo que la norma considera violaciones más groseras del Derecho de la Unión europea. Estos supuestos de especial gravedad son dos: las llamadas adjudicaciones directas –es decir, las adjudicaciones de contratos sin publicación previa de un anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, siempre que ello sea preciso– y los casos en los que, además de haberse producido una infracción de una norma sustantiva que hubiese impedido al recurrente obtener la adjudicación a su favor, no se respete bien el período de suspensión previo a la formalización del contrato o la suspensión automática de la adjudica-

7. De hecho, en la propuesta original de la Comisión la ineficacia era una posibilidad sólo en la circunstancia de que el período de suspensión no se observase por parte de la entidad contratante. Sin embargo, durante el proceso legislativo se advirtió la utilidad del mecanismo, extendiéndose a las situaciones que analizaremos.

ción en los supuestos de interposición del recurso[8], establecidos en nuestro Ordenamiento en los arts. 140.3 y 315 LCSP, respectivamente.

En una tradición jurídica como la nuestra, en la que se ha admitido con naturalidad que la invalidez de la adjudicación se transmite como lógica consecuencia al contrato –se haya perfeccionado o no–, no se ha advertido el carácter en cierto modo revolucionario de este aspecto de la «Directiva Recursos»[9]. Pero lo cierto es que gran parte de los Ordenamientos europeos, a diferencia del nuestro, se han basado en la autonomía del contrato respecto a su fase preparatoria. En efecto, en los Estados miembros con tradición jurídica romana, la contratación pública es, en su totalidad, de Derecho público. De este modo, en Francia, España y Portugal, tanto el procedimiento de licitación como el contrato celebrado entre la entidad adjudicadora y el adjudicatario son de Derecho público. En consecuencia, para la resolución de conflictos derivados del procedimiento de licitación así como del contrato únicamente son competentes los tribunales contencioso-administrativos o el Consejo de Estado, pues la adjudicación es un acto administrativo. Y en consecuencia, el contrato sigue la misma suerte, en términos de validez, que el acto de adjudicación. Pero no sucede lo mismo en gran parte de ordenamientos europeos[10]. En los sistemas de *common law*, en los de corte germánico y también en el Derecho italiano[11], la adjudicación se ha entendido como la aceptación civil de una oferta, de modo que los vicios de la adjudicación se han considerado independientes, y no transmisibles al contrato mismo. Como ejemplos expresivos de las implicaciones conceptuales de la «Directiva Recursos» se puede resaltar que en una comentada deci-

8. Dispone ahora el art. 2.7 de la «Directiva Recursos» que excepto en los caso previstos en los arts. 2 quinquies a 2 septies, los efectos del ejercicio de las facultades contempladas en el apartado 1 del presente artículo sobre un contrato celebrado tras un procedimiento de adjudicación se determinarán con arreglo al Derecho nacional.
9. En la actualidad, dispone literalmente el art. 35.1 LCSP que «la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato».
10. En relación con la evolución de los sistemas jurídicos europeos en materia de contratación pública vid. Corapi, D., «Reflessioni comparatistiche sulla recenté evoluzione dei rapporti contrattuali tra soggetti pubblici e privati», en VVAA, *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell' esperenza storico-guiridica,* Jovene Editore, 1997.
11. En Derecho italiano se ha entendido que la vulneración de la las normas de adjudicación, disciplinadas por normas de Derecho público, no se transmitía a la validez del contrato mismo, como contrato de Derecho privado. En este Ordenamiento, además, se da la circunstancia de que mientras de la validez de los actos preparatorios conocía el juez administrativo, la declaración de la invalidez del contrato era competencia del juez civil.

sión, el Tribunal Supremo holandés se ha mostrado reacio a aceptar que un contrato pueda ser anulado si en su adjudicación se incumplieron la Directivas europeas sobre contratación pública[12]. Por su parte, para un autor británico como HENTY, la reforma más importante introducida por normativa inglesa resultante de la transposición modificación de la «Directiva Recursos» es la posibilidad de declarar ineficaz un contrato público, lo que por primera vez se reconoce de forma expresa en aquella legislación[13]. Del mismo modo, para GRECO la transposición de la «Directiva Recursos» ha conducido una transformación radical de categorías e instituciones ya consolidadas en el Derecho italiano[14].

Ahora bien, independientemente de todo lo anterior, y contrariamente a lo que puede deducirse de su tenor literal, la interpretación de la versión inicial de la «Directiva Recursos» no permitía entender que se pudieran conservar los efectos de un contrato adjudicado con infracción de las normas de Derecho europeo, o al menos, si este incumplimiento lo había declarado el TJUE. En otros términos, lo que ahora está escrito en la letra de la Directiva, estaba ya siendo avanzado por el máximo intérprete del Derecho de la Unión. En efecto, mediante, STJUE de 18 de julio de 2007, Comisión c. Alemania, As. 503/04[15] el Tribunal ya dedujo que de la primera versión de la «Directiva Recursos» no podría desprenderse que pudiera seguir produciendo efectos un contrato cuya incompatibilidad con el Derecho de la Unión había sido declarada por el TJCE. En efecto, en este supuesto, dictado en el marco de procedimiento por inejecución, el Tribunal Europeo se enfrenta a la duda de

12. Se trata de la sentencia *Uneto/De Vliert*, de 22 de enero de 1999, *NJ* 2000, 305. En relación con este procedimiento, vid. los siguiente comentarios; TUCKER A. «Uneto v. De Vliert», *PPLR*, 1997, 5, págs. 182-186; VAN WASSERNAER «Recent developmentet in procurement disputes», *PPLR*, 2000, 2, págs. 67 a 67.
13. HENTY, «Remedies Directive implemented into UK law», *PPLR*, 2010, pág. 117.
14. Vid. GRECO, G., «Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel D.LGS. 53/2010», *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario,* 2010, *in totum.*
15. La sentencia ha sido objeto de interesantes comentarios. Entre ellos, TREUMER, «Towards an obligation to terminate contracts concluded in breach of the EC Public procurement rules –the end of the status of concluded contracts as sacred cows», *PPLR*, 2007, pp. 371 y ss; GOISIS, «Ordinamento comunitario e sorte del contratto, una volta annullata l'aggiudicazione», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario,* 2009, págs. 102 y ss.; En el primero de los trabajos citados (p. 373) se advertía que era todavía extremadamente difícil responder la pregunta de cuándo existe un deber de resolver un contrato público, pues lo lógico era concluir que siempre que hubiera una infracción del Derecho de la Unión Europea, independientemente de que fuera declarada por un órgano nacional. Desde esta perspectiva, la nueva legislación aporta un grado nada desdeñable de seguridad jurídica y restringe los motivos de «resolución obligada» por el Derecho europeo.

determinar si la versión inicial del art. 1.6 de la «Directiva Recursos» permite mantener los efectos de un contrato que el propio TJUE había declarado que vulneraba una de las Directivas sobre contratación[16]. Y el Tribunal de Luxemburgo se pronuncia en el sentido que existe una obligación de que cesen todos los efectos de las adjudicaciones de contratos contrarias al Derecho de la Unión Europea. Así,

> «… por lo que atañe a los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, al principio *pacta sunt servanda* así como al derecho de propiedad, aun suponiendo que el cocontratante pueda oponer dichos principios y tal derecho al poder adjudicador en caso de resolución del contrato, un Estados miembro no podrá, en ningún caso, invocarlos para justificar la inejecución de una sentencia en la que se declare un incumplimiento en virtud del artículo 226 CE y eludir así su propia responsabilidad en Derecho comunitario (apartado 39)».

El Tribunal también recuerda que un Estado miembro no puede invocar disposiciones, prácticas ni situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario[17].

---

16. En concreto, en el punto 2 del fallo de su sentencia de 10 de abril de 2003, Comisión/ Alemania (C-20/01 y C-28/01), el Tribunal de Justicia decidió: «Declarar que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 8 y 11, apartado 3, letra b), de la Directiva 92/50, con motivo de la adjudicación de un contrato relativo a la eliminación de los residuos de la ciudad de Brunswick (Alemania), al haber adjudicado esta ciudad dicho contrato público de servicios mediante procedimiento negociado sin previa publicación de un anuncio de licitación, a pesar de que no concurrían los requisitos establecidos en el artículo 11, apartado 3, de dicha Directiva para la adjudicación de contratos de mutuo acuerdo sin licitación a escala comunitaria.». El recurso por inejecución que motiva la sentencia que estamos glosando se produce porque la Comisión estima que la República Federal de Alemania no ha adoptado las medidas suficientes para dar cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia de 10 de abril de 2003, Comisión/ Alemania, antes citada, por cuanto dicho Estado miembro no había ordenado que se resolviera el contrato firmado por la ciudad de Brunswick relativo a la eliminación de los residuos antes de que expirara el plazo señalado en el dictamen motivado.
17. No puede afirmarse que este fallo sorprenda, habida cuenta de que en la STJCE de 18 de noviembre de 2004, Comisión c. Alemania, As. C-126/03, frente a la afirmación del gobierno alemán de que en el supuesto de que se declarase el incumplimiento, la República Federal de Alemania no estaría obligada a resolver el contrato ya celebrado, el Tribunal había ya afirmado que «sobre este punto, basta responder que, si bien en el marco de un procedimiento por incumplimiento en virtud del artículo 226 CE, el Tribunal de Justicia únicamente está obligado a declarar que se ha incumplido una disposición de Derecho comunitario, del artículo 228 CE, apartado 1, se desprende que el Estado miembro de que se trata está obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia» (apartado 26).

Interesa llamar la atención de que esta orientación jurisprudencial no afecta sólo a las violaciones más graves del Derecho de la Unión europea de la contratación, sino también, a infracciones que podrían considerarse no tan radicales como las relativas a la determinación de los criterios de la admisibilidad de la oferta y de su valoración. En efecto, mediante su sentencia de 12 de noviembre de 2009, Comisión c. Grecia, as. C-199/09, relativa a la aplicación de determinados criterios de selección cualitativa, el Tribunal recuerda (apartado 24) que:

> «… con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el artículo 2, apartado 6, de la Directiva 89/665 […] no puede afectar a un recurso interpuesto con arreglo al artículo 226 CE (sentencia de 18 de julio de 2007, Comisión/Alemania, C-503/04, Rec. pág. I-6153, apartado 34). En efecto, dichas Directivas, al obligar a los Estados miembros a que adopten las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser objeto de recursos eficaces, no pueden considerarse que regulan igualmente la relación entre los Estados miembros y la Comunidad y que afectan de este modo a la aplicación del artículo 226 CE».

En definitiva, la sentencia europea que declare que la adjudicación de un contrato ha vulnerado cualesquiera normas de Derecho europeo de la contratación pública deberá ejecutarse haciendo cesar los efectos del contrato ilegalmente adjudicado. Interesa destacar que ello es así no porque sea una consecuencia de la normativa contractual pública de la Unión Europea, sino porque se desprende de la obligación de ejecutar las sentencias del TJUE actualmente reconocida en el art. 260.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE). Así lo ha confirmado la STJUE de 13 de abril de 2010, as. C-91/08, Wall AG[18], que declara que no existe una obligación por parte de las autori-

18. Los aparatos 62 a 65 de la citada sentencia, que interesa resaltar se produce en el ámbito de una cuestión prejudicial, afirman literalmente: «Como se ha señalado en el apartado 33 de la presente sentencia, los contratos de concesión de servicios no se rigen, en el estado actual del Derecho de la Unión, por ninguna de las directivas que regulan el ámbito de los contratos públicos.
Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ante la inexistencia de una normativa de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro regular los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión concede a los justiciables (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet, C-432/05, Rec. p. I-2271, apartado 39 y la jurisprudencia citada).
Tales recursos no deben ser menos favorables que los recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni deben hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (véase, en este sentido, la sentencia Unibet, antes citada, apartado 43 y la jurisprudencia allí citada).
De ello se *deduce que los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, consagrados en los artículos 43 CE y 49 CE, y la obligación de transpa-*

dades nacionales de resolver los contratos que, encontrándose fuera del ámbito de aplicación de las Directivas, han sido adjudicados con infracción del Derecho originario. A lo que no alude esta sentencia es a que dicha obligación sí se produciría en cambio, ante la misma infracción, si es declarada por el TJUE, siempre que se mantenga la doctrina de las STJUE de 18 de julio de 2007 y 12 de noviembre de 2009, Comisión c. Grecia, as. C-199/09. El resultado no puede dejar de ser algo paradójico.

Por tanto, por lo que a los ámbitos de recurso internos exclusivamente se refiere, la Directiva 2007/66/CE ha dispuesto algunas normas que regulan la suerte del contrato en los casos más graves de vulneración de la disciplina de la Unión Europea sobre contratos públicos. En una apretada síntesis, se puede hablar de hasta tres categorías de vicios «europeos» de invalidez, a los a que se anudan las correspondientes consecuencias. En primer lugar, se diseñan supuestos de «infracciones muy graves», es decir, de omisión de publicación del anuncio de licitación o de vulneración de los plazos fijados en la «Directiva Recursos», siempre que este último quebrantamiento se acompañe de una infracción de normas sustantivas y esta formalización apresurada del contrato haya afectado a los derechos de defensa del licitador. En estos casos, la privación del contrato es obligatoria, salvo que concurran exigencias imperativas de interés general. En segundo lugar, se puede hablar de «infracciones graves» o lo que es lo mismo, de vulneración de plazos de la «Directiva Recursos», siempre que esta vez dichas transgresiones ni se acompañen de infracción de normas sustantivas ni afecten a las posibilidades de defensa del licitador afectado. En estos casos, los Estados miembros tienen la posibilidad de elegir entre la privación total de efectos del contrato o la imposición de sanciones alternativas. Finalmente, en el «resto de infracciones»[19], como en la versión anterior de la «Directiva Recursos», se deja íntegramente al Dere-

---

rencia que de ellos se deriva no obligan a las autoridades nacionales a establecer la resolución de un contrato ni a los tribunales nacionales a conceder una orden conminatoria cada vez que tenga lugar un supuesto incumplimiento de dicha obligación en la adjudicación de concesiones de servicios. Corresponde al ordenamiento jurídico interno regular los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que se derivan para los justiciables de dicha obligación, de tal manera que tales recursos no sean menos favorables que los recursos semejantes de carácter interno ni hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de tales derechos» (cursiva nuestra).
Lo que le hubiera faltado decir al TJUE es que, en cambio, el actual art. 260.1 TFU obliga a ejecutar sus sentencias, y que en el caso de que estos incumplimientos los hubiera declarado el mismo a través de un recurso por incumplimiento, el contrato inválido debería resolverse. En general, sobre la obligación de ejecución de las sentencias del TJUE y el recurso por inejecución, vid. MARTÍN DELGADO, I., *El procedimiento por inejecución en la justicia europea,* 2004.

19. Por ejemplo, vulneración de las reglas sobre la solvencia de los licitadores.

cho nacional la disciplina de la suerte del contrato, que podrá por tanto permanecer eficaz, sin perjuicio del eventual resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados.

En definitiva, la Directiva exige que en los casos de vulneraciones más groseras del Derecho europeo[20], los Estados dispongan de mecanismos internos que permitan que el contrato quede sin efectos. Y ello independientemente de que el contrato ya se haya «celebrado», o lo que es lo mismo, perfeccionado. Por ello la norma europea impone la introducción de herramientas procesales que permitan declarar la «ineficacia» de contratos ya perfeccionados. En este punto, conviene llamar la atención sobre el hecho de la norma europea utiliza un nuevo término «ineficacia», después de que en las sentencias citadas se empleara la fórmula «resolución». Y en mi opinión, aunque algún autor haya ha criticado que no se haya empleado la categoría del actual art. 101.2 TUE, «nulidad de pleno derecho» que ha sido pertinentemente interpretada por el Tribunal de Justicia[21], la elección del término «ineficacia» me parece de lo más oportuna[22]. Como ha subrayado GASCÓN ABELLÁN[23] los

20. Es decir, en los supuestos de adjudicaciones directas o en los casos en los que no se respeten los plazos suspensivos y la suspensión automática prevista en la Directiva de recursos. Así, establece el art. 2 quinquies de la Directiva de Recursos:
«Ineficacia
1. Los Estados miembros garantizarán que un órgano de recurso independiente del poder adjudicador declare la ineficacia del contrato, o que la ineficacia del contrato dimane de una decisión de dicho órgano, en los siguientes casos:
a) si el poder adjudicador ha adjudicado un contrato sin publicar previamente un anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea siendo esta publicación obligatoria de conformidad con la Directiva 2004/18/CE;
b) en caso de infracción del artículo 1, apartado 5, del artículo 2, apartado 3 o del artículo 2 bis, apartado 2, de la presente Directiva, si dicha infracción privó al licitador que interpuso recurso de la posibilidad de ejercitar recursos precontractuales, cuando dicha infracción esté combinada con una infracción de la Directiva 2004/18/CE, si esta infracción afectó a las posibilidades del licitador que interpuso recurso de obtener el contrato;
c) en los supuestos mencionados en el artículo 2 ter, letra c), párrafo segundo, de la presente Directiva, si los Estados miembros se han acogido a la excepción del plazo suspensivo para contratos basados en un acuerdo marco y un sistema dinámico de adquisición».
21. En este sentido, CLIFTON, M. J., «Ineffectiveness –the new deterrent: will the new Remedies Directive ensure greater compliance with the substantive procurement rules in the classical sectors?, *PPLR*, 2009, págs. 168 a 170.
22. Es preciso destacar también las dificultades derivadas de la distintas versiones lingüísticas de los propios textos. En la versión inglesa este artículo introduce el término «void», que vendría a significar «carente de efectos». [MARTÍN E. A. (ed.), *Dictionary of Law,* Oxford, 1997].
23. GASCÓN ABELLÁN, M., «Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las Leyes», *Doxa*, núm. 20, 1999, p. 132.

actos jurídicos no son realidades naturales, sino convencionales o artificiales, y por eso cada tipo de acto está disciplinado por el régimen que en cada caso establezca el Derecho. Por ello, dado que las categorías de «nulidad» y «anulabilidad» carecen de un significado unívoco, al menos en Ordenamientos como el nuestro[24], la opción del legislador europeo de describir los efectos del mecanismo técnico, además de elegir una denominación más neutra en las categorías dogmáticas de los distintos Ordenamientos, es la más acertada[25]. De hecho, sorprende bajo algunas premisas dogmáticas que esta «ineficacia» carezca de efectos automáticos[26]. Pero ello se explica fácilmente desde la perspectiva de la independencia conceptual de las categorías de eficacia y validez.

En cualquier caso, la «Directiva Recursos» configura la «ineficacia» de una forma flexible. La categoría sólo se define en el considerando 21, cuando se afirma que el objetivo que se persigue al establecer los Estados miembros la normativa por la que se garantice que un contrato no produzca efectos, es que los derechos y las obligaciones de las partes del contrato dejen de ser de obligado cumplimiento y ejecución. En este punto, la norma europea no determina exactamente si el cese de eficacia ha tener efectos *ex tunc* o *ex nunc*. Sólo exige que en este último caso, cuando se prive de efectos únicamente a aquellas obligaciones aún sin ejecutar, los Estados apliquen determinadas sanciones alternativas previstas en el art. 2 sexties, apartado 2[27]. En otros términos, la ineficacia consiste en la eliminación de los efectos de contrato bien sea totalmente, bien parcialmente *(ex nunc)*, siempre que en este último caso se acompañen sanciones alternativas. De esta forma, la legislación nacional deter-

24. Así lo ha afirmado Gascón Abellán, M., «Sentido y alcance...», *op. cit*., p. 132. En este sentido, Nieto, A. (en el prólogo a Beladiez Rojo, *Validez y eficacia de los actos administrativos,* Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 12 a 13) nos habla del «mito de la nulidad y anulabilidad».
25. Sirva como ejemplo que la «nulidad» del antiguo art. 231 TCE es caracterizada por Chiti, M. (*Derecho administrativo europeo*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 268) como anulabilidad, ya que sentencia que la declara tiene efectos constitutivos y no declarativos.
26. Así, Golding y Henty («The New Remedies Directive of the EC; Standstill and Ineffectiviness», *PPLR*, 2008, 17, págs. 150) para quienes la regulación de la ineficacia del art. 2 d) no parece consistente con la afirmación «la falta de efectos no debe ser automática sino que debe quedar sometida a la comprobación de un órgano de recurso independiente o derivar del resultado de una decisión de dicho órgano» (Considerando 13, Directiva 2007/66/CE).
27. Como analizaremos después, estas sanciones consistirán bien en la imposición de multas al poder adjudicador, bien en la reducción de la duración del contrato. Las sanciones alternativas son independientes de la eventual concesión de una indemnización de daños y perjuicios a favor del tercero perjudicado.

mina las consecuencias relativas a la posible recuperación de cualquier importe ya abonado, así como todas las demás formas de restitución posible, incluida la restitución del valor cuando la restitución del bien no sea posible.

Por lo demás, la «Directiva Recursos» prevé una única excepción en la que será posible conservar los efectos del contrato celebrado en infracción muy grave del Derecho europeo. Se trata de aquellos supuestos en los que concurra una razón imperiosa de interés general, supuesto de interpretación fuertemente restrictiva. En estos casos, esta conservación de los efectos del contrato conllevará la imposición de sanciones alternativas.

Finalmente, la regulación se completa con una norma exclusivamente procedimental. Los Estados miembros podrán disponer que la interposición del recurso dirigido a hacer valer la ineficacia del contrato deba realizarse antes de que transcurran como mínimo treinta días hábiles a partir del día siguiente a la fecha de anuncio de adjudicación del contrato o de la notificación de la celebración y, «en cualquier caso», antes de que transcurran como mínimo seis meses a partir del día siguiente a la fecha de celebración del contrato.

Desde el punto de vista de las implicaciones de la norma en el Derecho español hay que partir de la afirmación de que aunque nuestro tradicional Derecho de los contratos se ajustaba en un plano teórico a esta nueva regulación, lo cierto es que planteaba también algunas incorrecciones.

La celebración de un contrato sin la publicidad requerida o su formalización sin respetar los plazos suspensivos puede calificarse sin excesivos problemas como causa de nulidad ex art. 32 LCSP, por remisión al art. 62.1 Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPC), ya se puede entender sin dificultad que en estos casos se han omitido elementos tan trascendentales del procedimiento que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento previsto.

Desde una perspectiva estrictamente teórica, la declaración de nulidad llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor (art. 35 LCSP)[28]. Por tanto, ya se contem-

28. Como es sabido, el art. 35 LCSP, establece que «la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, de-

plaban los efectos deseados por la «Directiva Recursos», mediante la interposición de la sanción más grave, la nulidad, que conlleva la cesación de efectos del contrato de forma retroactiva.

Y desde el punto de vista procesal, los mecanismos de revisión de oficio, sea la declaración de lesividad sea la revisión de oficio en sentido estricto, incluida su vertiente de acción de nulidad, están sometidos a plazos de prescripción mucho más generosos que los establecidos en la norma europea. Como ejemplo expresivo de todo ello, baste la cita a la reciente STS de 8 de marzo de 2011 (RJ 2011, 2275). En el supuesto que la origina es la propia Administración la que, a través de un recurso de lesividad, consigue la anulación de la modificación sustancial de un contrato, habiéndose instado el recurso dos años después de producida la modificación[29].

Si esto es así en el plano teórico, desde el punto de vista aplicativo la jurisprudencia ha utilizado el recurso a la institución del enriquecimiento sin causa para, a pesar de la declaración de la invalidez del contrato, conservar la prestación realizada por el contratista y exigirle al mismo tiempo a la Administración el cumplimiento de su obligación, no ya debido al contrato, sino como un medio para evitar el enriquecimiento sin causa que de otro modo se produciría[30]. Por tanto, la declaración de invalidez apenas tenía efectos prácticos[31], más allá del reconocimiento de una indemnización a favor de licitador que debió resultar adjudicatario, lo que no sólo había provocado una cierta reacción doctrinal y jurisprudencial[32], sino que además no se acomoda con el nuevo

---

biendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido».

29. Como contrapunto la STS de 23 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9001) considera improcedente el ejercicio de la acción de nulidad dado el tiempo transcurrido desde la adjudicación del contrato de concesión recurrido –casi cuatro años– y el hecho de que, de admitirse la anulación, se producirían importantes perjuicios al adjudicatario.
30. He tenido ocasión de analizar con cierto detenimiento esta línea jurisprudencial en «Comentario al art. 35», en *Contratación del Sector Público Local, op. cit.*, págs. 302 a 306.
31. En un sistema muy similar al nuestro, la doctrina francesa también ha destacado que la anulación de los actos de adjudicación normalmente sólo tiene efectos «platónicos», pues los contratos se mantienen en vigor pese a la declaración de invalidez. Vid. RICHER, L., «Le mantein en vigueur du contract illégal», *Contracts Publics,* 2006, 46, pág. 53.
32. En la doctrina, vid. RIVERO YSERN, E., «Reflexiones sobre los contratos verbales de ejecución de obras y el enriquecimiento injusto», en *Estudios de Derecho público. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo,* Civitas, Madrid, 2003, págs.

diseño de la «Directiva Recursos», que exige que ante los incumplimientos más graves del Derecho europeo, o bien se prevea la ineficacia del contrato con efectos retroactivos, o bien la ineficacia con efectos *ex nunc* acompañada de sanciones alternativas.

Por otro lado, la LCSP admite no solo la posibilidad de que se conserven los efectos de los actos anulados, sino incluso que éstos sigan produciéndose hacia el futuro, aunque no ya como consecuencia del contrato sino en virtud de un acto administrativo diferente, dictado para proteger el interés general y garantizar la continuidad de los servicios públicos. Así, según el artículo 35.3 LCSP, «si la declaración administrativa de nulidad del contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio». Frente a ello, la «Directiva Recursos» sólo prevé la conservación de los efectos del contrato en casos realmente excepcionales, y si dicha decisión –que ha de ser adoptada por el órgano competente para resolver el recurso– va acompañada de sanciones alternativas lo suficientemente disuasorias.

Desde el punto de vista procesal, la revisión de oficio del art. 102 LPC, al que se remite el art. 34 LCSP[33], y que se aplica a todos los contratos sometidos a las Directivas (ex art. 34 LCSP) no está sometida a un plazo expreso de prescripción, permitiendo la anulación del contrato, por lo que, en este punto, comparativamente ofrecería incluso más garantías que las exigidas por la «Directiva Recursos». Ahora bien como es sabido, la acción de nulidad se sustancia ante el órgano de contratación o un órgano de la Administración de tutela en el caso de poderes adjudicadores distintos de Administraciones Públicas. Y en este sentido, la acción de nulidad no se ajusta totalmente a la Directiva, que dispone en su art. 2 d) que los Estados miembros garantizarán que un *órgano de recurso independiente* de la entidad contratante declare la ineficacia del contrato, o que la ineficacia del contrato dimane de una decisión de dicho órgano. Bien es verdad que, en nuestro Derecho la decisión que en el ámbito de la acción de nulidad se adopte es susceptible de revisión

581 y ss. Por su parte, las SSTS 24 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8135) y 18 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1095) han negado que al contrato nulo pueda ser aplicable las reglas de los contratos válidos.

33. Este artículo reconoce explícitamente la posibilidad de que la revisión de oficio sea utilizada en el ámbito contractual, lo que en algún momento fue discutido en base a las reglas *venire contra factum proprium non valet* y *nemo auditurs propriam turpitudinem allengans.* Vid. BACTA ONETO, V. S., *La invalidez de los contratos públicos*, Civitas, 2006, págs. 306 y ss.

jurisdiccional, pero en este caso puede dudarse de que el recurso contencioso sea lo rápido y eficaz que exige el art. 1 «Directiva Recursos».

Por todo ello, el diseño de una cuestión especial de nulidad como la que ahora crea el legislador español para incorporar de modo escrupuloso la legislación de la Unión Europea no parece una opción descabellada, aunque surgen dudas acerca de si en el nuevo diseño existen también algunos incumplimientos puntuales de la Directiva.

En todo caso, en más de un referente del Derecho comparado se han transpuesto las obligaciones europeas relativas a la ineficacia sin necesidad de un recurso *ad hoc*[34]. Por ello la estrecha dependencia entre la cuestión de nulidad y el recurso especial en materia de contratación quizá hubiera bastado para unificar ambos mecanismos en un mismo recurso[35], estableciendo eso sí unas reglas específicas relativas a los plazos de interposición y a los requisitos para la conservación de efectos de los contratos incursos en los llamados supuestos especiales de nulidad. Esta opción, no obstante, hubiera distorsionado el carácter precontractual del recurso especial, ya que la cuestión de nulidad se dirige fundamentalmente a controlar la legalidad de la adjudicación de contratos ya perfeccionados. En cualquier caso, habiendo optado el legislador por crear dos tipos de recursos, en mi opinión el problema ha sido que no lo ha hecho con la suficiente nitidez, como expondremos a lo largo de estas páginas. Probablemente, hubiera debido optar por considerar lo que ha llamado «cuestión de nulidad» como lo que realmente es un recurso contractual especial que se sustancia ante un órgano de recurso independiente.

---

34. Vid., por ejemplo, en Italia, D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53 *Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti* (G.U. n. 84 del 12 aprile 2010). El recurso que prevé este ordenamiento es jurisdiccional y ante la jurisdicción administrativa. Lo mismo sucede en Países Bajos y Reino Unido. Aunque han optado por dotar una sustantividad propia a los recursos contractuales otros Ordenamientos como el francés y el belga. El caso francés resulta especialmente interesante, ya que el recurso contractual se creó de forma pretoriana antes incluso de la transposición de la «Directiva Recursos». Vid. COSTA, E., «Los procedimientos de recurso en los contratos públicos, las directivas europeas y su aplicación judicial en Francia», *Revista de la Unión Europea,* Noviembre, 2010, págs. 17 y ss.

35. Señala BALLESTEROS MOFFA, L. A. («Comentario a la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes de Contratación Pública en materia de recursos, y de la Ley de Jurisdicción contenciosa-administrativa», *Justicia Administrativa*, núm. 4, 2010, pág. 44) que dado que buena parte del régimen comunitaria de la ineficacia contractual es coincidente con el recurso especial, hubiera sido preferible subsumir las especialidades de tales supuestos de nulidad en el cauce procesal del recurso especial.

Sea como fuere, el legislador español ha delimitado unos «supuestos especiales de nulidad», que sólo son aplicables, no obstante, cuando se trate de contratos sometidos a regulación armonizada o contratos de servicios asimilados (art. 37 LCSP). En estos casos, se establece un «régimen de invalidación» especial, ya que se dispone un mecanismo de control específico –la cuestión de nulidad- que se sustancia ante el órgano competente para resolver el recurso especial en materia de contratación (art. 38 LCSP). Además, se diseña específicamente un régimen alternativo a la declaración de nulidad –y a sus consecuentes efectos de ineficacia *ex tunc*– consistente bien en la imposición de sanciones pecuniarias, bien en la reducción de la duración del contrato (art. 38 LCSP).

En una valoración telegráfica, como pusiera de manifiesto el Consejo de Estado[36] la trasposición de la norma ha resultado en exceso vinculada al tenor literal de la Directiva, aunque no hay que desconocer el especial rigor con que la Comisión Europea ha venido controlando la transposición de la normativa comunitaria sobre contratación pública. Aún así, las categorías dogmáticas no se han empleado con precisión y el resultado ha sido una regulación en exceso oscura y que debería ser revisada en aras de facilitar su aplicación. Las incorrecciones técnicas de nuestra norma comienzan ya incluso respecto al orden sistemático, que imita al de la Directiva, pues bien es verdad que el orden lógico exigiría primero la determinación de los supuestos especiales de nulidad, continuaría con los aspectos procedimentales y finalizaría con los requisitos y las consecuencias jurídicas de la conservación de efectos del contrato nulo.

3. EL NUEVO RÉGIMEN DE INVALIDEZ PRIVILEGIADO: LOS SUPUESTOS DE NULIDAD

3.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS SUPUESTOS ESPECIALES DE NULIDAD

La transposición de la nueva versión de la «Directiva Recursos» ha implicado que los supuestos especiales de nulidad se definan en función de dos coordenadas. En primer lugar, dependen del tipo de contrato del que se trata, pues el ámbito de aplicación de estos supuestos, como ya hemos adelantado, se reduce a determinados contratos. Y en segundo lugar, se definen en función del concreto vicio de invalidez concurrente, pues sólo se reconducen a este régimen singular las vulneraciones de la

36. Dictamen 499/2010, de 19 de abril de 2010.

normativa contractual pública que el legislador europeo considera de mayor gravedad.

Comenzando por la primera nota definitoria, puesto que la incorporación de los supuestos especiales de nulidad constituye un mecanismo corrector ligado al recurso especial en materia de contratación, hubiera sido de esperar que su ámbito de aplicación coincidiera con el del recurso especial.

Sin embargo, el legislador español de forma discutible, en cuanto introduce un elemento más de fragmentación del sistema, ha limitado los supuestos especiales de nulidad a determinados contratos susceptibles de ser objeto del recurso especial en materia de contratación. Así, pueden incurrir en un vicio especial de nulidad:

- los contratos sujetos a regulación armonizada a que se refieren los arts. 13 a 17, ambos inclusive, de la LCSP, o lo que es lo mismo, los contratos de obras y concesión de obras públicas, suministros, servicios y subvencionados cuando el alcancen el umbral comunitario, y todos los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.
- Los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros. La inclusión de esta categoría dentro del ámbito de aplicación de la acción de nulidad era necesaria para cumplir con la Directiva de Recursos, que delimita su objeto en función de la Directiva 18/2004/CE[37].

El limitado alcance de los supuestos especiales de nulidad no resulta en modo alguno razonable. No lo es no sólo porque no coincide

37. Según el art. 1 de la Directiva de Recursos, «la presente Directiva se aplica a los contratos a que se refiere la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios salvo que dichos contratos estén excluidos de conformidad con los artículos 10 a 18 de dicha Directiva».
Aunque dotados de un régimen ciertamente flexible, los contratos de servicios del anexo II, categorías 17 a 27, están incluidos en la Directiva 2004/18 CE, y en consecuencia en la «Directiva Recursos».
En relación con ello, vid. Informe 16/2009, de 5 de noviembre, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya. Aplicación del recurso especial en materia de contratación en los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del anexo II de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, adjudicados por poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administraciones Públicas.

con el del recurso especial en materia de contratación[38], sino también porque ni siquiera lo hace con el ámbito de aplicación de las Directivas de la Unión europea, única explicación medianamente razonable que se puede dar a la opción restrictiva seguida por nuestro legislador. Aunque se ha de señalar que no se acomoda al ámbito europeo por exceso ya que se incluyen los contratos de colaboración público-privada, contratos que, como es sabido, no están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE y, en consecuencia, de la «Directiva Recursos». Pero, a diferencia del ámbito de aplicación del recurso especial, no se han incluido los contratos de gestión de servicios públicos, lo que constituye un nuevo elemento de fragmentación del sistema difícilmente comprensible. En definitiva, resulta paradójico que por un lado sea posible interponer recurso especial contra la adjudicación de estos contratos, pero, por otro, si el contrato se formaliza sin respetar los plazos suspensivos, no pueda imponerse la cuestión de nulidad del art. 38 LCSP. En este sentido, resulta mucho más satisfactoria la regulación francesa, dónde el *référé contractuel*, introducido por la Ordenanza de 7 de mayo de 2009, permite en el caso de los mismos contratos a los que se refiere el *référé précontractuel*, sancionar las mismas irregularidades, pero que se hayan producido después de la firma del contrato[39].

3.2. LOS VICIOS DE NULIDAD

Son tres los vicios de nulidad a los que se anuda el régimen «privilegiado» de la acción de nulidad y del mantenimiento de los efectos del contrato. En realidad, y como argumentaremos a continuación, más que vicios de nulidad son auténticos motivos de impugnación, pues son exclusivamente estos supuestos tasados los que permiten la interposición de la cuestión de nulidad.

3.2.1. La indebida adjudicación sin previa publicación de un anuncio de licitación y sus excepciones

El primer supuesto especial de nulidad se produce cuando el contrato se haya adjudicado sin cumplir previamente con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, en aquellos casos en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 126 LCSP. Como es de sobra conocido, dicho precepto esta-

38. Así lo hizo de ver el Consejo de Estado en su Dictamen 499/2010.
39. En este sentido, pueden ser objeto del *référé précontractuel* tanto contratos públicos, como contratos de colaboración y los convenios de delegación de servicio público. Vid. COSTA, E., *«Los procedimientos…», op. cit.*, págs. 18 y ss.

blece que los procedimientos para la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas y del resto de poderes adjudicadores[40], cuando se encuentren sometidos a regulación armonizada, deberán publicarse en el Diario Oficial de la Unión Europea. Como excepción, no será preceptiva la publicación del anuncio en los supuestos de procedimientos negociados que se sigan en casos distintos de los contemplados en los apartados 1 y 2 del artículo 161[41].

La introducción de este motivo de impugnación tiene su origen en el deseo del legislador de la Unión Europea de introducir un mecanismo de control eficaz de las adjudicaciones directas ilegales. Como afirma el considerando 13 de la «Directiva Recursos», «con el fin de luchar contra la adjudicación directa ilegal, práctica que el Tribunal de Justicia ha calificado como la infracción más importante del Derecho comunitario en materia de contratos públicos por parte de un poder adjudicador o entidad contratante, debe preverse una sanción efectiva, proporcionada y disuasoria. Por consiguiente, todo contrato derivado de una adjudicación directa ilegal debe considerarse en principio sin efectos». En otros términos, la «Directiva Recursos» establece la obligación de declarar ineficaz aquel contrato que se ha adjudicado sin publicar el preceptivo anuncio de licitación en el DOUE.

Ahora bien, la propia «Directiva Recursos» establece una excepción a la declaración de ineficacia preceptiva en estos supuestos de adjudicaciones directas. Siendo consciente el legislador de la Unión Europea que la ineficacia de un contrato ya celebrado puede ser una sanción demasiado severa, e incluso algo traumática en algunas tradiciones jurídicas[42], diseña un régimen alternativo que permite el control de la adjudicación previo a la celebración del contrato. Así, a fin de evitar la

40. Vid. por remisión art. 174.1 LCSP.

41. El procedimiento negociado con publicidad, tal y como prescribe dicho artículo, es aplicable en los supuestos letras a) y b) del art. 154, a) del art. 155 y a) del art. 158, es decir, en los supuestos de recepción de ofertas irregulares o inaceptable, contratos de obras en los que no pueda determinarse previamente el precio global, contratos de obras con fines de investigación y servicios en los que no sea posible establecer el condicionado con precisión.
Es aplicable, igualmente, cuando se utilice el procedimiento negociado por razón de la cuantía [arts. 155, d), 156 b), 157 f), 158 e), 159], cuando su valor estimado sea superior a 200.000 euros, si se trata de contratos de obras o a 60.000, cuando se trate de otros contratos. No obstante, dados los límites cuantitativos que permiten la utilización de este procedimiento (recuérdese 1.000.000 € en el caso de contratos de obras, 100.000 en los demás), estos contratos, no se incluyen en el ámbito de publicación preceptiva en el DOUE, ni, por tanto, pueden ser objeto de cuestión de nulidad.

42. Vid. *supra.*

inseguridad jurídica que pueda derivarse de la ineficacia, se prevé la obligación por parte de los Estados miembros de establecer una exención respecto de cualquier apreciación de ineficacia, cuando el poder adjudicador considere que la adjudicación del contrato sin publicación previa de un anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea está permitida de conformidad con las Directivas de la Unión Europea y haya aplicado un plazo suspensivo mínimo que permita un recurso eficaz. A estos efectos, se prevé la publicación potestativa de un «anuncio de transparencia voluntaria», que viene a ser una versión simplificada del anuncio de adjudicación. Ello, acompañado de la aplicación también potestativa de un plazo de suspensión posibilita que la invalidez de la adjudicación pueda ser declarada de forma previa a la celebración del contrato. Se trata, por tanto, de ofrecer al poder adjudicador una salvaguardia frente a la declaración de nulidad de un contrato celebrado sin publicidad a nivel europeo. Este régimen se ha incorporado en el art. 38. 2 LCSP.

Según establece el citado precepto, «no procederá la declaración de nulidad» si concurren conjuntamente las tres circunstancias siguientes:

a) Que de conformidad con el criterio del órgano de contratación el contrato esté incluido en alguno de los supuestos de exención de publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea previstos en esta Ley.

b) Que el órgano de contratación publique en el Diario Oficial de la Unión Europea un anuncio de transparencia previa voluntaria en el que se manifieste su intención de celebrar el contrato y que contenga los siguientes extremos:

- identificación del órgano de contratación
- descripción de la finalidad del contrato
- justificación de la decisión de adjudicar el contrato sin el requisito de publicación del artículo 126
- identificación del adjudicatario del contrato
- cualquier otra información que el órgano de contratación considere relevante.

c) Que el contrato no se haya perfeccionado hasta transcurridos diez días hábiles a contar desde el siguiente al de publicación del anuncio».

Como ya hemos adelantado, con el fin de preservar la seguridad

jurídica, en un contexto en el que gran parte de los Ordenamientos han considerado que la anulación de un contrato público suponía una violación del principio *pacta sunt servanda*, se permite la consolidación de los efectos de determinados contratos adjudicados sin publicación de un anuncio previo de licitación. Pero esta exención sólo tendrá lugar en los casos en los que, mediante un anuncio informativo de la adjudicación, y la suspensión de la celebración del contrato durante los diez días posteriores a la publicación del anuncio se haya permitido a los eventuales interesados recurrir de forma eficaz –es decir, mediante un recurso que pueda impedir el perfeccionamiento del contrato–, la adjudicación del contrato.

El primer requisito que permite eludir el régimen de invalidez cualificado consiste en que de conformidad con el criterio del órgano de contratación el contrato esté incluido en alguno de los supuestos de exención de publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea previstos en esta Ley. Es por tanto, preciso determinar cuáles son estos supuestos de exención de publicación del anuncio, y para resolver esta duda resulta de utilidad acudir a la «Directiva Recursos» como pauta interpretativa. Dispone el considerando 15 de la Directiva 2007/66/CE que «las posibles justificaciones para una adjudicación directa (es decir, adjudicación sin previo anuncio de licitación) en el sentido de la presente Directiva pueden incluir las excepciones contempladas en los artículos 10 a 18 de la Directiva 2004/18/CE, la aplicación de los artículos 31, 61 o 68 de la Directiva 2004/18/CE, la adjudicación de un contrato de servicios de conformidad con el artículo 21 de la Directiva 2004/18/CE[43] o una adjudicación legal de contrato "interno" con arreglo a la interpretación del Tribunal de Justicia». Por tanto, la expresión «supuestos de exención de publicación» puede inducir a error,

43. En otros términos se trata de: contratos en el sector de la defensa; contratos públicos y acuerdos marco adjudicados por las centrales de compras; contratos adjudicados en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; exclusiones específicas en el ámbito de las telecomunicaciones; contratos secretos o que requieran medidas especiales de seguridad; contratos adjudicados en virtud de normas internacionales; exclusiones específicas; concesiones de servicios y contratos de servicios adjudicados en virtud de un derecho exclusivo (arts. 10 a 18 de la Directiva 2004/18/CE); casos que justifican el recurso al procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación (art. 31); adjudicación de obras complementarias al concesionario (art. 61); exclusiones del ámbito de aplicación de las normas aplicables a concursos de proyectos en el sector de los servicios (art. 68); y la adjudicación de contratos de servicios que figuran en el anexo II B de la Directiva 2004/18/CE, o lo que es lo mismo, contratos de las categorías 17 a 27 del anexo II de la LCSP (art. 21).

pues no se trata sólo de procedimientos negociados sin publicidad [art. 161 LCSP] y de la adjudicación de los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del anexo II LCSP, sino también la celebración contratos, que a juicio del órgano de contratación, no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva/LCSP (por ejemplo, contratos en el sector de la defensa, convenios administrativos, encomiendas de gestión a medios propios, modificación de contratos que, por no afectar elementos esenciales del mismo, no constituyan una nueva adjudicación[44], etc.) y que, por tanto, se han celebrado sin publicar previamente un anuncio de licitación.

El modelo de anuncio de transparencia voluntaria ha sido establecido a través del Reglamento (CE) núm. 1150/2009 de la Comisión, de 10 de noviembre de 2009, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1564/2005 en lo que respecta a los formularios normalizados para la publicación de anuncios en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos con arreglo a las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE[45]. Resulta destacable que el modelo exige al poder adjudicador que explique «de forma clara y comprensible por qué resulta lícito adjudicar el contrato sin publicación previa de un anuncio de licitación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, detallando, en cualquier caso, los hechos pertinentes y, cuando proceda, las conclusiones jurídicas a la luz de los artículos de la Directiva pertinente». En cualquier caso, interesa reiterar que este anuncio de transparencia voluntaria viene a ser una versión simplificada del anuncio de adjudicación.

Como ya hemos anticipado, la finalidad del anuncio de transparencia previa voluntaria es permitir a los posibles interesados tener conocimiento de la adjudicación de un contrato efectuada sin publicación previa del anuncio de licitación el DOUE, para que, en el caso de que discrepen del criterio del órgano de contratación, tengan una posibilidad real y efectiva de recurrir la adjudicación antes de la celebración del contrato. Por ello la norma obliga a que se faciliten los datos mínimos del contrato y sobre todo de las razones por las que se excluyó la publicidad de la licitación. Obviamente, es preciso además que el anuncio se publique tras la adjudicación del contrato, pero antes de la formalización del mismo.

---

44. Vid. Gimeno Feliu, J. M., «Régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio», REDA, núm. 149, 2011.
45. El formulario normalizado de anuncio de transparencia previa voluntaria está disponible en la siguiente dirección electrónica: *http://simap.europa.eu/docs/simap/pdf_jol/es/sf_015_es.pdf*

En cualquier caso, el régimen jurídico establecido plantea un incentivo para que los poderes adjudicadores den publicidad a esos otros contratos para los que o bien la Directiva 2004/18/CE no exige publicidad (procedimientos negociados sin publicidad, determinados contratos de servicios) o bien no encuentran su régimen jurídico en la misma (convenios, encomiendas de gestión a medios propios, etc.). Por ello, se ha llamado la atención de que existe un «riesgo» de que esta publicidad se institucionalice. A pesar de que el cdo. 26 de la «Directiva Recursos» se haya apresurado a afirmar que «la publicación voluntaria que dé inicio a este plazo suspensivo no implica ampliación alguna de las obligaciones derivadas de la Directiva 2004/18/CE». Y es que para algunos comentaristas, resulta sorprendente que la Directiva Recursos venga a demandar publicidad en relación con una serie de supuestos (por ejemplo, procedimientos negociados por razón de urgencia o protección de derechos exclusivos) allí dónde la Directiva sustantiva no lo exige[46]. En cualquier caso, en mi opinión, se puede confiar en el buen juicio de los poderes adjudicadores que es de esperar que no empleen abusivamente este nuevo mecanismo de transparencia. Bien es verdad que una simple consulta al Suplemento Oficial del Diario de la Unión Europea muestra que la práctica de enviar el anuncio de transparencia voluntaria se ha extendido rápidamente[47], como por lo demás era previsible.

Finalmente, el tercer requisito, cuya finalidad es igualmente permitirle la posibilidad de articular un mecanismo de recurso eficaz, consiste en que el contrato no se haya perfeccionado –o lo que es lo mismo formalizado– hasta transcurridos diez días hábiles a contar desde el siguiente al de publicación del anuncio. En este punto, el legislador español se ha limitado a transcribir el texto de la «Directiva Recursos» de forma demasiado mecánica, sin sopesar que incluía otro elemento más de confusión y distorsión de nuestro sistema.

Resulta criticable que este plazo de espera –diez días hábiles– no se haya hecho coincidir con el plazo previsto para la interposición del

46. CLIFTON, M. J., «Ineffectiveness-The new Deterrent…», *op. cit.*, p. 165.
47. Efectuada una consulta el 15 abril de 2011, tomando como ámbito «todos los anuncios actuales», el resultado muestra 2914 anuncios de transparencia voluntaria. La cifra es alta, si se tiene en cuenta que en el mismo período la consulta arroja 3282 anuncios de adjudicación. Las justificaciones que se esgrimen para justificar la ausencia de publicación de un anuncio de licitación son variopintas; servicios del anexo II de la Directiva (categorías 17 a 27 del anexo II LCSP), presencia de un supuesto habilitante del procedimiento negociado sin publicidad, contratación por debajo de los umbrales, etc.

recurso especial, es decir, quince días hábiles[48]. La transposición literal en este punto de la Directiva introduce un factor más de complejidad y puede provocar problemas prácticos de difícil solución, ya que sería viable interponer el recurso especial en materia de contratación (por ejemplo, el día decimocuarto a partir de la publicación) habiéndose celebrado ya el contrato (así, el undécimo día a partir de la publicación)[49]. De este modo, se transformaría puntualmente la naturaleza del recurso precontractual.

Presenta igualmente dificultades la determinación del inicio del cómputo del plazo para la interposición del recurso especial del art. 314 LCSP, que no termina de adecuarse a los supuestos de adjudicación previa publicación de anuncios de transparencia voluntaria, de modo que estos supuestos, si se querían articular a través del recurso especial, debieran haberse incluido expresamente en el art. 314 LCSP. Ni siquiera el art. 314.1 b) permite dar una respuesta clara a esta opción, pues aunque se refiere a los actos resultantes de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, dónde tendría perfecta cabida el anuncio de transparencia voluntaria, son imaginables otros casos de actividad impugnable a través de esta vía de recurso en las que no haya mediado publicidad (adjudicación de contratos in-house y modificados ilegales, por ejemplo). Y no es muy evidente si es posible una interpretación extensiva del precepto[50].

En todo caso, el recurso especial en materia de contratación es sin duda más efectivo que la cuestión de nulidad, dada la suspensión automática que produce su interposición, para evitar la formalización y consecuente inicio de la ejecución del contrato. Y podría defenderse a partir del art. 315 LCSP que, una vez celebrado el contrato, la suspensión automática regulada afecta también a la ejecución.

Es preciso advertir además que interesado, en principio, con la sola

48. A diferencia del otro mecanismo que permite excluir la cuestión de nulidad, previsto en el art. 37.3 LCSP. En este último caso, relativo a la impugnación de la adjudicación de la fase restringida de acuerdos marco y sistemas dinámicos de contratación se prevé un plazo de suspensión de quince días. Vid. *infra.*

49. Podría entenderse que los plazos para la interposición del recurso especial el *dies a quo* es el día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la infracción (en virtud del anuncio de transparencia voluntaria, hay que entender), aplicando de forma analógica el art. 314.2 b) LCSP.

50. En el Derecho comparado, una vez más, se encuentran soluciones más satisfactorias. Por ejemplo, Derecho inglés, los art. 47. D y 47 *Public Regulations 2006* (reformadas en 2009) establecen los distintos plazos de interposición del recurso –que es único– en función de si su finalidad es o no la declaración de ineficacia.

lectura del anuncio de transparencia voluntaria, no tendrá conocimiento del recurso pertinente ni del plazo de transposición. Porque este contenido, sorpresivamente, no se ha incluido como obligatorio en el anuncio de transparencia voluntaria.

El problema por tanto, se hubiera solventado con una regulación clara de la relación entre los dos recursos, en nuestro Derecho ausente. En el sistema francés, en el que también se establecen dos recursos autónomos, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha tenido que establecer un límite abrupto al recurso precontractual; la firma del contrato[51].

En todo caso, dado el criterio antiformalista del art. 110.2 LPC[52], el error en la calificación del recurso no implicará su inadmisión y serán los órganos de recurso, ante el silencio del legislador, los obligados a terminar de perfilar los contornos del recurso contractual recién creado.

Finalmente, independientemente de la pésima técnica normativa empleada (el precepto señala literalmente «no procederá la declaración de nulidad») interesa subrayar que en estos casos no es que se convalide el vicio de invalidez. Lo que sucede es que el supuesto deja de encuadrarse dentro del régimen de los supuestos especiales de invalidez y de sus remedios específicos. La adjudicación será igualmente inválida –piénsese la adjudicación de un contrato mediante procedimiento negociado sin publicidad que en realidad no fuera encuadrable en ninguno de los supuestos que permiten la utilización de este procedimiento de licitación– y procederá igualmente su declaración, esta vez, eso sí, a través del recurso especial. No obstante, los efectos de su declaración serán los previstos con carácter general en nuestro Derecho.

Así, si se interpone el recurso especial, en virtud del mecanismo la suspensión automática de la adjudicación, la decisión sobre la invalidez de la adjudicación del contrato no recaerá necesariamente después de que se haya iniciado su ejecución y por tanto, nada impedirá que el recurrente consiga la formalización del contrato a su favor, sin que, haya un tercero –el adjudicatario– que haya realizado una prestación susceptible de protección jurídica.

Por el contrario, si a la fecha de resolución del recurso especial se ha iniciado la ejecución del contrato, la consecuencia práctica más im-

---

51. Hasta tal punto es así, que si el contrato se ha firmado incluso antes de que se haya sometido el asunto al juez, el recurso es inadmisible. Vid. COSTA, E., «El procedimiento..», *op. cit.*, pág. 14.
52. Según el precepto, «el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter».

portante es que en esta hipótesis se podrán conservar los efectos del contrato nulo, o de las prestaciones ya ejecutadas, sin que haya posibilidad de imponer sanciones alternativas. De este modo, si dicha la anulación se produjese una vez formalizado el contrato y comenzada su ejecución –porque pese a levantar la suspensión, el órgano independiente de recurso considere finalmente que la adjudicación es ilegal– pondrán conservarse los efectos del contrato a través de la doctrina del enriquecimiento injusto, sin perjuicio del eventual reconocimiento de una indemnización a favor del recurrente. Y sin necesidad de que se impongan sanciones alternativas[53]. Porque lo que se penaliza en la «Directiva Recursos» –y en consecuencia en nuestro Ordenamiento–, no es tanto la infracción de normas sustantivas, sino la combinación de éstas con la omisión de garantías procedimentales.

3.2.2. Formalización del contrato con vulneración del plazo suspensivo o de la suspensión automática del art. 311 LCSP

Para asegurar la eficacia del recurso especial en materia de contratación, que quedaría en entredicho si las formalizaciones apresuradas de los contratos quedasen sin sanción[54], se establecen como supuestos especiales de nulidad las infracciones a las garantías procedimentales establecidas en la «Directiva Recursos». La regulación de la Unión Europea en este punto se ha transpuesto de forma algo confusa en los apartados b) y c) del art. 37 LCSP. Según estos preceptos, constituyen supuestos especiales de nulidad:

> 1) la celebración del contrato cuando no se hubiese respetado el plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 140.3 para la formalización, siempre que concurran los dos siguientes requisitos:
>
> 1º) Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer el recurso regulado en los artículos 310 y siguientes y,
>
> 2º) Que, además, concurra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener ésta.
>
> 2) Cuando a pesar de haberse interpuesto el recurso especial en ma-

53. Recuérdese que la «Directiva Recursos» no exige la ineficacia del contrato si hay un control previo a la formalización, aún provisional, por un órgano independiente.
54. Es preciso reiterar que en muchos ordenamientos han aplicado la teoría de la independencia de la validez del contrato respecto a la de la adjudicación, de forma que el contrato perfeccionado era inatacable por los vicios que se pudieron cometer durante el procedimiento de licitación. Sirva como ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo holandés Uneto/De Vliert, citada en nota 12 de este capítulo.

teria de contratación a que se refieren los artículos 310 y siguientes, se lleve a efecto la formalización del contrato sin tener en cuenta la suspensión automática del acto de adjudicación en los casos en que fuera procedente, y sin esperar a que el órgano independiente hubiese dictado resolución sobre el mantenimiento o no de la suspensión del acto recurrido.

En relación con estos supuestos es preciso recordar que la «Directiva Recursos» establece unas obligaciones formales –imposibilidad de perfeccionar el contrato antes de que transcurra un determinado plazo y suspensión automática de la adjudicación en el caso de que se interponga recurso contra la misma– cuyo incumplimiento se sanciona con especial rigor. En efecto, la consecuencia del incumplimiento de estas obligaciones formales, conduce en la Directiva a la llamada «ineficacia», es decir, la privación de efectos –al menos *ex nunc*[55]– del contrato celebrado sin respetar los plazos suspensivos establecidos. Con una matización, la Directiva permite que la máxima sanción, la ineficacia, sólo se produzca en los supuestos en los las infracciones formales se hayan acompañado de la imposibilidad de interponer el recurso precontractual –porque el interesado no le haya dado tiempo a formalizarlo ni a solicitar medidas provisionales– y de una vulneración de las reglas sustantivas de adjudicación de contratos que haya impedido al recurrente obtener la adjudicación del contrato a su favor. Aunque la técnica empleada en el articulado de «Directiva Recursos», que emplea un gran número de remisiones es ciertamente confusa, los considerandos de la norma explican este régimen jurídico con nitidez[56]. Y en consecuencia, la mera

55. Cabe recordar no obstante, que cuando la anulación del contrato no tenga efectos retroactivos, los Estados miembros deben imponer que se apliquen otras sanciones alternativas. Es decir, que el legislador de la Unión Europa exige que se prive de todo efecto al contrato celebrado de forma inválida. Y si han de conservarse algunos efectos –en concreto, los producidos con anterioridad a la declaración de invalidez– que ello se haga a cambio de la imposición de algún tipo de sanción.

56. Según los considerandos 18 y 19 de la Directiva 2007/66/CE; «a fin de impedir infracciones graves de la obligación del período suspensivo y de la suspensión automática, que constituyen requisitos previos para un recurso eficaz, deben aplicarse sanciones efectivas. Los contratos que se celebren en infracción del período suspensivo o de la suspensión automática deben por lo tanto considerarse ineficaces en principio si se combinan con infracciones de las Directivas 2004/18/CE o 2004/17/CE, en la medida en que esas infracciones hayan afectado a las oportunidades del licitador que interpone recurso de obtener el contrato.
En el caso de otros incumplimientos de requisitos formales [de la Directiva 2007/66/CE], los Estados miembros podrían considerar inapropiado el principio de ineficacia. En estos casos, los Estados miembros deben disponer de flexibilidad para imponer sanciones alternativas. Estas deben limitarse a la imposición de multas que deben pagarse a un órgano independiente del poder adjudicador o entidad contratante, o a una reducción de la duración del contrato. Corresponde a los Estados miembros determinar los detalles de las sanciones alternativas y de las normas de su aplicación.»

infracción de las garantías procedimentales relativas a la suspensión de la adjudicación puede conllevar únicamente la imposición de sanciones alternativas, sin que estas infracciones graves[57] del Derecho de la Unión Europea tengan necesariamente que afectar al contrato perfeccionado.

No obstante, el legislador español ha disociado los dos supuestos de incumplimiento formal de la «Directiva Recursos», estableciendo que sólo en el caso del incumplimiento del plazo suspensivo previo a la formalización del contrato cabrá la acción de nulidad, si por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer el recurso especial en materia de contratación[58] y además, concurra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener ésta. En el otro supuesto de incumplimiento de la «Directiva Recursos», es decir, cuando el órgano de contratación perfeccione el contrato sin esperar a que el órgano competente levante la suspensión automática que produce la interposición del recurso especial ex 315 LCSP, la norma española no exige, en orden a la aplicación del régimen de los supuestos especiales de nulidad, que este incumplimiento formal vaya acompañado de una vulneración de las reglas sustantivas. En definitiva, aunque en los dos supuestos se incumplen garantías formales (vulneración plazo suspensivo o de la suspensión automática), sólo en uno de ellos –el primero– se requiere además que haya existido una vulneración material de la normativa de contratación pública. Esta diferenciación de régimen jurídico, con las distorsiones que puede plantear, no encuentra en absoluto su justificación en la «Directiva Recursos». Aunque bien es verdad que tampoco la impide.

La explicación que podría subyacer a esta esquizofrénica determinación de los supuestos que, como señalamos, no se produce en modo alguno en la Directiva, podría radicar en que el legislador español considera de la máxima gravedad el incumplimiento de la obligación de respetar la suspensión automática de la adjudicación cuando es impugnada. Y por ello le anuda la sanción más rigurosa: la nulidad del art. 37 LCSP. Aunque en buena medida, en salvaguardia de la seguridad jurídica y para facilitar la aplicación de la norma, hubiera sido más útil

57. Vid. supra epígrafe 2.
58. En este punto, la Directiva se refiere a la privación de la «posibilidad de ejercitar recursos precontractuales». Ello sucederá si se ha formalizado el contrato antes de que el interesado hubiese interpuesto el recurso. O en nuestro Derecho, antes de que el órgano de recurso se pronuncie sobre la solicitud de medidas provisionalísimas del art. 313.2 LCSP.

seguir otros modelos comparados que establecen que no podrá declararse la ineficacia del contrato en el caso infracción de las garantías procedimentales de la «Directiva Recursos» que no se acompaña de infracción de reglas sustantivas, aunque podrán –más bien deberán, según exige la Directiva– imponerse sanciones alternativas[59]. O el caso extremo, el holandés, en el que la Ley 28 de enero de 2010 de transposición de las Directivas de Recursos en Contratación Pública *Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden* (en adelante *WIRA*) que, en aras de la claridad, dispone que cualquier violación sea del período suspensivo sea de la suspensión automática permite la anulación del contrato[60].

Adviértase que en principio el régimen español que sanciona con nulidad toda adjudicación que no respete el plazo de suspensión automática puede resultar distorsionador, si, pese al incumplimiento de esta obligación, no existe vulneración de regla sustantiva alguna o si, existiendo, no ha afectado al interesado. Pues en estos casos, la sanción en principio aplicable es la nulidad del contrato. En otros términos, el diseño establecido puede resultar sorprendente si el contrato resultó adjudicado de acuerdo a Derecho, aunque después se perfeccionara –se formalizara– vulnerando la reglas de suspensión. En este caso, no tendría mucho sentido privar de efectos a un contrato adjudicado válidamente. Porque esta privación de efectos llevaría al absurdo de que debería iniciarse un nuevo procedimiento de licitación, aunque la adjudicación del contrato hubiere respetado todas las reglas sustantivas. Bien es verdad que en estos supuestos en principio algo paradójicos existe la vía de escape del art. 38.2 LCSP que permite eludir la declaración de nulidad. Por ahora, baste anticipar que dicho precepto prevé que el órgano competente para declarar la nulidad pueda no declararla en los supuestos en los que concurran circunstancias excepcionales y la continuidad del contrato sea exigida por una razón imperiosa de interés general. En este caso, la declaración de nulidad *deberá sustituirse* por una sanción alternativa –la imposición de multas pecuniarias al poder adjudicador o la reducción de la duración del contrato, ex art. 38.2–. Evidentemente, el primer tipo de sanción alternativa, con las incógnitas que como vemos plantea, es la más idóneo para la resolución de estos supuestos. De este modo, por lo demás, se cierra el círculo de garantías previsto por la

59. Vid. Henty, P., «United Kingdom; Public Procurement Remedies Directive-An Update on the Implementation Process», *PPLR*, 2010, 19, pág. 20. La regulación se encuentra en el art. 47K *Public Procurement Regulations 2006* (modificadas en 2009) rubricado «*Ground for ineffectiveness*».

60. Memoria explicativa al proyecto de la WIRA, n. 39, 19-20.

«Directiva Recursos» ya que, aún de forma indirecta, se prevé un mecanismo tendente a asegurar el cumplimiento por parte del órgano de contratación de las reglas suspensivas del recurso –la imposición de sanciones pecuniarias, como alternativa a la declaración de nulidad–. Ahora bien, probablemente el legislador debiera haber dispuesto expresamente que la infracciones meramente formales conllevan exclusivamente la imposición de sanciones alternativas[61].

Por lo demás, como ya hemos adelantado, el caso del incumplimiento del plazo suspensivo que se establece entre adjudicación de contrato y formalización sólo cabrá la acción de nulidad si debido a este incumplimiento el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer el recurso especial en materia de contratación y además, concurra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener ésta. Es decir, el incumplimiento de las obligaciones formales –respeto al plazo suspensivo que permite la imposición del recurso especial antes de que se formalice el contrato– debe ir acompañado de la vulneración de normas sustantivas para que opere el régimen especial de nulidad que estamos analizando.

Aunque el artículo 39.1 LCSP disponga que ««la cuestión de nulidad, en los casos a que se refiere el art. 37.1» habrá de interponerse ante determinado órgano, más bien debiera establecer que la cuestión de nulidad deberá fundamentarse en los motivos del art. 37.1 LCSP. Y es que, la trasposición en este punto adolece de una innecesaria complejidad. La interpretación literal del art. 39.1 LCSP lleva al absurdo de entender que hasta la resolución del recurso no se podrá determinar si se está ante un supuesto ante el que hubiera sido procedente interponer la cuestión de nulidad porque sólo en ese momento se conoce a ciencia cierta si ha existido infracción de una norma sustantiva. Y es que el legislador ha confundido cauce procesal –cuestión de nulidad– con los motivos de impugnación –supuestos especiales de nulidad–. Y es que evidentemente, independientemente de que realmente exista vulneración de las reglas sustantivas de la LCSP –y que por causa de esta vulneración el impugnante se haya visto privado de la adjudicación del contrato– será aplicable el procedimiento del art. 39 LCSP. Otra cosa distinta es que sólo si se han incumplido las normas sustantivas de la LCSP el contrato se declarará nulo y, en consecuencia, ineficaz. Una vez más, no existe un utilización atinada las distintas categorías conceptuales en la LCSP.

61. Así se ha hecho en algunos referentes comparados. Vid. nota 59 de este capítulo.

Pero, por otro lado, pese a los esfuerzos realizados por nuestro legislador para trasponer adecuadamente la «Directiva Recursos», surgen dudas acerca de si en este caso ha sido todo lo escrupuloso que debiera. No existe sanción alguna a los supuestos en los que exista un incumplimiento del plazo suspensivo para la formalización del contrato tras la adjudicación, si esta formalización «apresurada» no ha provocado vulneración de los derechos de licitador alguno. Y ello parece no adecuarse completamente a la Directiva. Cabe recordar que según el considerando 18 de la norma, a fin de impedir infracciones graves de la obligación del período suspensivo y de la suspensión automática […] deben aplicarse *sanciones efectivas*. He de reconocer que el art. 2.1 sexies de la Directiva de Recursos relativo a «Infracciones de la presente Directiva y sanciones alternativas» es ciertamente confuso[62]. Pero los considerandos 18 y 19 de la «Directiva Recursos» son bastante elocuentes a la hora de aclarar que para la norma europea, los incumplimientos formales de sus reglas básicas (período suspensivo antes de la celebración y suspensión automática en caso de recurso) son siempre merecedores de algún tipo de sanción, sea la ineficacia del contrato o la sanción alternativa[63]. Y en el

62. Establece el citado precepto que «en caso de infracción del artículo 1, apartado 5 [suspensión automática en los casos de recurso administrativo ante el órgano de contratación], del artículo 2, apartado 3 [suspensión automática en los casos de recurso ante órgano independiente], o del artículo 2 bis, apartado 2 [imposibilidad de celebrar el contrato antes del transcurso del plazo suspensivo antes de su adjudicación], que no esté cubierta por el artículo 2 quinquies, apartado 1, letra b), los Estados miembros dispondrán la ineficacia del contrato de conformidad con el artículo 2 quinquies, apartados 1 a 3, o sanciones alternativas». Las infracciones cubiertas por el art. 2 quienquies apartado 1, letra b) son las infracciones formales de la Directiva de recursos que estén «combinada(s) una infracción de la Directiva 2004/18/CE, si esta infracción afectó a las posibilidades del licitador que interpuso recurso de obtener el contrato», casos en los que se exige que el contrato sea ineficaz. Por tanto, cabe interpretar que, salvo en este caso, en el que es obligatoria la declaración de ineficacia, en los demás supuestos de incumplimiento formal es posible bien la declaración de ineficacia, bien la imposición de sanciones alternativas. Pero lo que no cabe en principio es dejar sin sanción alguna los incumplimientos formales.

63. Según el cdo. 18 de la Directiva 66/2007/CE, «los contratos que se celebren en infracción del período suspensivo o de la suspensión automática deben por lo tanto considerarse ineficaces en principio si se combinan con infracciones de las Directivas 2004/18/CE o 2004/17/CE, en la medida en que esas infracciones hayan afectado a las oportunidades del licitador que interpone recurso de obtener el contrato. En el caso de otros incumplimientos de requisitos formales, los Estados miembros podrían considerar inapropiado el principio de ineficacia. *En estos casos, los Estados miembros deben disponer de flexibilidad para imponer sanciones alternativas*. Estas deben limitarse a la imposición de multas que deben pagarse a un órgano independiente del poder adjudicador o entidad contratante, o a una reducción de la duración del contrato. Corresponde a los Estados miembros determinar los detalles de las sanciones alternativas y de las normas de su aplicación». La cursiva es nuestra.

Derecho español no parece sancionable la formalización del contrato antes de que expire el plazo de suspensión, si ello no ha provocado un perjuicio real a terceros[64]. Frente a ello, otros ordenamientos establecen formulaciones más satisfactorias[65].

3.2.3. Adjudicación ilegal de contratos basados en acuerdos marco o sistemas dinámicos de contratación

Finalmente, como tercer grupo de supuestos especiales de invalidez, establece el art. 37.1 d) y e) LCSP que será nulo:

> 1) el contrato basado en un acuerdo marco del artículo 180 celebrado con varios empresarios que por su valor estimado deba ser considerado sujeto a regulación armonizada, si se hubieran incumplido las normas sobre adjudicación establecidas en párrafo segundo del artículo 182.4.
>
> 2) la adjudicación de un contrato específico basado en un sistema dinámico de contratación en el que estuviesen admitidos varios empresarios, siempre que el contrato a adjudicar esté sujeto a regulación armonizada y se hubieran incumplido las normas establecidas en el artículo 186 sobre adjudicación de tales contratos.

El entendimiento de este nuevo «supuesto especial» parte de que en la adjudicación de contratos de la fase restringida de acuerdos marco y sistemas dinámicos de contratación podrá efectuarse la formalización del contrato sin necesidad de observar el plazo de espera de quince días introducido en la Ley 34/2010 (arts. 182.5 y 186.6 LCSP). En este caso, el legislador español se ha acogido a la excepción que respecto al período

---

64. Es decir, los supuestos en los que el contrato se adjudicó de forma correcta, sin vulneración reglas sustantivas, o licitador que puso recurso.

65. En Derecho inglés, el art. 47. N. *Public Procurement Regulations 2006* dispone que «where the Court makes a declaration of ineffectiveness, it must also order that the contracting authority pay a civil financial penalty of the amount specified in the order».
(2) Paragraph (3) applies where–[…] (b)in any proceedings, the Court is satisfied that the contract has been entered into in breach of any requirement imposed by regulation 32A, 47G or 47H(1)(b), and does not make a declaration of ineffectiveness (whether because none was sought or because the Court is not satisfied that any of the grounds for ineffectiveness applies).
Por su parte, en Derecho italiano, el art. 245-ter del decreto legislativo n. 163 de 2006 dispone que: «*Il giudice applica le sanzioni di cui al comma 1 anche qualora il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito per la stipulazione del contratto, ovvero è stato stipulato senza rispettare la sospensione della stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, quando la violazione non abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento*».

suspensivo prevé la «Directiva Recursos». Esta matización del régimen general en relación con este tipo de contratos se introduce porque el legislador de la Unión Europea ha considerado que en los casos de contratos basados en un acuerdo marco o en un sistema dinámico de contratación la aplicación de un período de suspensión previo a la formalización del contrato podría afectar al incremento de eficiencia que se pretende obtener con estos procedimientos de licitación (vid. cdo. 9 Directiva 2007/66/CE).

Como contrapartida a esta excepción al plazo de suspensión, la «Directiva Recursos» exige que la ineficacia constituya sanción efectiva de la vulneración de las normas relativas a la adjudicación de contratos basados en acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición. Por ello, el nuevo art. 37.1 d) y e) LCSP establece como supuestos especiales de nulidad la adjudicación de contratos basados en acuerdos marco o sistemas dinámicos de contratación cuando se produzca incumpliendo las normas contenidas en los arts. 182.4 y 186 respectivamente, siempre que por su cuantía el contrato a adjudicar esté sujeto a regulación armonizada. En definitiva, se sustituye el recurso especial en materia de contratación por la cuestión de nulidad como mecanismo de recurso eficaz. Y ello, se explica, como estamos señalando, porque dado que la formalización del contrato puede ser inmediata a su adjudicación, el recurso especial puede perder su eficacia, en el sentido de que no puede ser útil a la hora de permitir una apreciación independiente sobre la legalidad del contrato previa a su formalización.

El artículo 37.3 LCSP establece una excepción a la adjudicación en la fase restringida de acuerdos marco y sistemas dinámicos de contratación como motivo de impugnación. Así, «no procederá la declaración de nulidad» si concurren conjuntamente las dos condiciones siguientes:

> a) Que el órgano de contratación haya notificado a todos los licitadores afectados la adjudicación del contrato y, si lo solicitan, los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 137 en cuanto a los datos cuya comunicación no fuera procedente.
>
> b) Que el contrato no se hubiera perfeccionado hasta transcurridos quince días hábiles desde el siguiente al de la remisión de la notificación a los licitadores afectados.

Por tanto, no es aplicable el régimen especial de nulidad –o lo que es lo mismo, no cabe interposición de la cuestión de nulidad– si el órgano de contratación, previa solicitud, informa detalladamente de las

razones que le han llevado a adjudicar el contrato a favor de un determinado licitador y además decide voluntariamente aplicar el período quincenal de suspensión de la adjudicación. Ello supondrá demorar la ejecución del contrato, pero, a cambio, el órgano de contratación cierra la posibilidad de acceso a una cuestión de nulidad, cuyo plazo de interposición es más generoso que el relativo al recurso especial, y que puede acarrearle el pago de sanciones alternativas.

En cualquier caso, cabe preguntarse de nuevo si la trasposición de este supuesto a la LCSP ha sido totalmente respetuosa con la «Directiva Recursos». Porque en nuestro Derecho, para que opere esta exclusión de la acción de nulidad, parece bastar con que los motivos del rechazo de la candidatura y de las características de la proposición del adjudicatario se hagan explícitos si se solicita por el licitador. En la Directiva, para que opere la excepción, se exige que se las razones del rechazo se adjunten a la notificación de la adjudicación[66]. Y esta diferencia no es baladí, porque sólo hasta que el licitador obtiene toda la información pertinente está en condiciones de decidir si interpone el recurso especial y de preparar adecuadamente el mismo. Si se demora el acceso a la información, se incide sustancialmente en el derecho de defensa del licitador. Como ha advertido recientemente el TJCE en su sentencia de 28 de enero de 2010 (As. C-406/08, *Uniplex*), el objetivo de garantizar la existencia de recursos eficaces contra la infracción de las disposiciones aplicables en materia de adjudicación de contratos públicos, sólo puede alcanzarse si los plazos establecidos para interponer estos recursos no comienzan a correr antes de la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción de dichas dis-

66. Dispone el art. 2 *quienquies*, apartado 5 de la Directiva de Recursos:
«Los Estados miembros dispondrán que el apartado 1, letra c), del presente artículo, no sea de aplicación si:
– el poder adjudicador considera que la adjudicación de un contrato es conforme a lo dispuesto en el artículo 32, apartado 4, segundo párrafo, segundo guión, o en los apartados 5 y 6 del artículo 33 de la Directiva 2004/18/CE,
– la entidad contratante remitió a los licitadores afectados una decisión de adjudicación del contrato junto con la exposición resumida de las razones correspondientes según lo dispuesto en el artículo 2 bis, apartado 2, cuarto párrafo, primer guión, de la presente Directiva, y si
– el contrato no se ha celebrado hasta transcurridos al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de envío de la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores afectados por fax o medios electrónicos, o, si se han utilizado otros medios de comunicación, hasta transcurridos al menos quince días civiles a partir del día siguiente a la fecha de envío de la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores afectados, o al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de recepción de la decisión de adjudicación del contrato».

posiciones[67]. Por ello, si se quiere que la aplicación de la norma sea acorde con el Derecho europeo, ha de entenderse que «la notificación» que se establece como *dies a quo* es la de los motivos del rechazo de la candidatura o de la oferta, y no de la adjudicación en sí.

Como en el supuesto relativo a la adjudicación directa, la enigmática frase «no procederá la declaración de nulidad» impide determinar con claridad cuál es el auténtico alcance de la excepción. Porque pese a su sentido literal, en mi opinión la norma no puede pretender que si se cumplen estos requisitos se convalide la adjudicación ilegal. Puede que no proceda la «declaración de nulidad» a que se refiere este artículo (art. 37.3 LCSP), pero si procede la declaración de nulidad «ordinaria» del art. 31 LCSP. Lo único que sucede en estos supuestos, entendiendo que el mecanismo procesal pertinente es el recurso especial en materia de contratación, es que las consecuencias especiales de este tipo de nulidad dejan de ser aplicables, en cuanto que los candidatos tendrán a su disposición el uso de un mecanismo de recurso precontractual eficaz para hacer valer sus derechos: el recurso especial en materia de contratación. Por ello, el legislador, más que referirse en el primer inciso del art. 37.3 LCSP a la «declaración de nulidad» hubiera debido referirse al régimen procesal, a la «cuestión de nulidad» del art. 39 LCSP. Porque, como ya hemos señalado, lo que se consideran en el art. 37 LCSP supuestos especiales de nulidad son los motivos tasados de impugnación que permiten la interposición de la cuestión de nulidad.

4. LA CREACIÓN DE UN RÉGIMEN DE INVALIDACIÓN ESPECÍFICO: LA CUESTIÓN DE NULIDAD

Como ya hemos señalado, la LCSP diseña un régimen especial de invalidación de los contratos incursos en supuestos especiales de nulidad. Este régimen de control específico se ha denominado «cuestión de nulidad». Se trata en realidad una modalidad de recurso que queda en manos de licitadores en los supuestos de las vulneraciones más graves de las Directivas sobre contratación pública –la celebración de un contrato sin publicación en el DOCE de anuncio de licitación– y de la «Directiva Recursos», además de garantía de la legalidad de la adjudicación de contratos basados en acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición. Pese a

67. Con rotundidad afirma el considerando 6 de la Directiva 2007/66/CE que «cuando se les notifique la decisión e adjudicación, los licitadores afectados (sic) deben proporcionar la información pertinente que les sea esencial a favor de un recurso eficaz».

su equívoca denominación, el nuevo art. 39 LCSP crea un recurso «contractual», es decir, dirigido exclusivamente a anular contratos perfeccionados[68]. Se trata de la cláusula de cierre del sistema de garantías, que pretende ser eficaz en los supuestos en los que el recurso especial en materia de contratación pueda no serlo porque a la fecha de su interposición el contrato ya se ha perfeccionado, sin que el órgano de recurso se haya podido pronunciar, ni siquiera de manera provisional[69], sobre la pertinencia de su formalización. Y aunque la introducción de un mecanismo procesal que permite la anulación de un contrato en nuestro Derecho no tiene la carga dogmática existente en otros Ordenamientos, pues teóricamente esta posibilidad siempre se ha reconocido, su repercusión práctica es indudable.

Siendo la cuestión de nulidad la prolongación más allá de la conclusión del contrato del recurso especial en materia de contratación, de este toma prestado la mayoría de sus rasgos. La resolución del recurso se encomienda al órgano independiente encargado de la resolución del recurso especial en materia de contratación, es decir, en el ámbito estatal, al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Exigiendo la norma europea que la nulidad del contrato sea declarada por un órgano independiente, no existe mejor alternativa que dar competencia al órgano resolutorio de los recursos contractuales para conocer de este recurso contractual.

El art. 39 LCSP regula este régimen especial de invalidación bajo la confusa rúbrica «interposición de la cuestión de nulidad». Rúbrica equívoca, porque en realidad se contiene en su integridad el régimen jurídico de este nuevo recurso, y no sólo los aspectos relativos a su interposición. La regulación es parca y imprecisa. En este punto, a diferencia de lo establecido en sede de regulación del recurso especial, no se aclara si este nuevo recurso es excluyente de los recursos administrativos ordinarios, ni de si se trata de un recurso obligatorio o potestativo. Dado que la cuestión de nulidad es un recurso que pretende cubrir los supuestos en los que el recurso especial es ineficaz por haberse perfeccionado ya el contrato, la lógica determina que su naturaleza sea idéntica a la del recurso especial, es decir, potestativa y exclusiva[70]. Pero esta caracterización analógica pla-

68. Ya hemos señalado anteriormente cómo no se deslinda con total claridad en la LCSP la relación entre el recurso especial en materia de contratación y la cuestión de nulidad. En mi opinión, la misma habría de construirse en virtud de si existe o no un contrato perfecto cuya invalidez se solicita.
69. Cabe recordar que al art. 316.3 LCSP permite al órgano de recurso levantar la suspensión automática de la adjudicación establecida en el art. 315 LCSP.
70. RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. («El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público», *RGDA*, núm. 25, 2010, p.

neta algunos problemas. La cuestión de nulidad será excluyente de los recursos ordinarios, en virtud del art. 310.5 LCSP. Pero es más dudoso que se haya excluido también la acción de nulidad del art. 102 LPC, pues la revisión de oficio se reconoce con carácter general en el art. 34 LCSP.

Respecto a su carácter potestativo, la duda que se plantea es si en este caso el interesado podrá interponer directamente en el plazo de dos meses un recurso contencioso-administrativo fundado en estos preceptos, solicitando la imposición de sanciones alternativas en el caso de que una razón imperiosa de interés general justificara la conservación de los efectos del contrato. En relación con esta cuestión, el art. 38.2 LCSP alude al «órgano competente para declarar la nulidad», que según el art. 39.1 LCSP, es previsto en el art. 311 LCSP, por lo que en principio, la «cuestión de nulidad» sería el mecanismo procesal exclusivo para aplicar el régimen especial de conservación de efectos del contrato nulo del art. 38 LCSP. No obstante, resulta paradójico que siendo el recurso especial en materia de contratación potestativo, la cuestión de nulidad no lo sea. Probablemente, sea lo más acertado una nueva reforma de la LCSP que dote de carácter obligatorio tanto al recurso especial en materia de contratación como a la cuestión de nulidad[71].

Tampoco termina de deslindarse con claridad la relación de la cuestión de nulidad con el recurso especial, del que es claramente subsidiario. En este punto, el art. 39 LCSP dispone que el órgano competente podrá inadmitir la cuestión de nulidad cuando el interesado hubiere interpuesto el recurso especial regulado en los artículos 310 y siguientes sobre el mismo acto habiendo respetado el órgano de contratación la suspensión del acto impugnado y la resolución dictada. Más que una posibilidad, la norma hubiera debido establecer la obligación de inadmitir la cuestión especial cuando se estuviere tramitando un recurso especial siempre que el órgano de contratación, como será lo deseable, haya respetado las reglas relativas a la suspensión de la adjudicación. En de-

45) lo caracteriza como contractual, extraordinario o tasado, no suspensivo y potestativo, de modo que los interesados podrán recurrir a otros mecanismos de revisión conforme a las reglas generales.

71. En relación con la conveniencia de configurar el recurso especial precontractual como obligatorio, vid. Bernal Blay, M. A. «Nueva configuración del recurso especial en materia de contratación pública. Comentario al Proyecto de Ley por el que se adapta la Ley de contratos del Sector Público a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 100, 2010. Y J. M. Gimeno Feliu, J. M., *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007, en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, 2010, pp. 351 y ss.

finitiva, como afirma MORENO MOLINA, la nueva regulación podría haber introducido alguna regla con la finalidad de resolver la compatibilidad o incompatibilidad ente la cuestión de nulidad y el recurso especial[72].

Desde el punto de vista de la legitimación, podrá interponer la cuestión de nulidad toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por los supuestos de nulidad del artículo 37 LCSP. La legitimación coincide, por tanto, con la del recurso especial en materia de contratación.

El plazo de interposición de la cuestión se regula de forma algo confusa en el art. 39.3 LCSP. Cierto es que la norma que se ha de transponer no es un modelo de claridad normativa, pero nuestro legislador se aparta en algún momento de su tenor literal[73]. El establecimiento de un plazo de prescripción de este tipo de recursos es una preocupación del legislador europeo, pues no en vano, introduce una regulación revolucionaria en algunos ordenamientos en los que el principio *pacta sunt servanda* impedía la declaración de ineficacia del contrato adjudicado en infracción de las Directiva 2004/18/CE. En un ordenamiento como el nuestro, en el que la acción de nulidad no está sujeta a prescripción,

72. MORENO MOLINA, J. A., *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos*, Madrid, La Ley, 2010, p. 165. El citado autor expone como ejemplo la regulación francesa (artículos L 551-13 a 551-23 del Código de Justicia Administrativa) en la que estos supuestos se articulan mediante la creación de un, estableciéndose que dicho recurso no está abierto al recurrente que haya hecho uso del cuando el poder adjudicador haya respetado la suspensión y haya acatado la resolución recaída. Existe como ya hemos señalado una distinción tajante entre el ámbito de aplicación –contratos aún no formalizados –*référé précontractuel* –y el contratos formalizados –*référé contractuel*.

73. El artículo 2 septies de la Directiva dispone que:
«Plazos
1. Los Estados miembros podrán disponer que la interposición de recurso de conformidad con el artículo 2 quinquies, apartado 1, deba realizarse:
a) antes de que transcurran como mínimo 30 días civiles a partir del día siguiente a la fecha en que:
– la entidad contratante haya publicado el anuncio de adjudicación del contrato de conformidad con los artículos 43 y 44 de la Directiva 2004/17/CE, a condición de que este anuncio incluya la justificación de la decisión de la entidad contratante de adjudicar el contrato sin la publicación previa de un anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea, o
– la entidad contratante haya informado a los licitadores y candidatos afectados de la celebración del contrato, siempre que dicha información contenga una exposición resumida de las razones pertinentes contempladas en el artículo 49, apartado 2, de la Directiva 2004/17/CE. Esta opción también será aplicable a los casos mencionados en el artículo 2 ter, letra c), de la presente Directiva;
b) y en cualquier caso, antes de que transcurran como mínimo seis meses a partir del día siguiente a la fecha de celebración del contrato».

pues la tendencia ha sido privilegiar al principio de legalidad frente al de seguridad jurídica, el establecimiento de estos plazos pudiera resultar incluso sorpresivo, habida cuenta, además, que el legislador español se ha acogido al mínimo previsto en la Directiva[74]. En cualquier caso, según el considerando 25 de la Directiva 2007/66/CE la necesidad de garantizar en el tiempo la seguridad jurídica de las decisiones tomadas por los poderes adjudicadores y las entidades contratantes requiere el establecimiento de un plazo mínimo razonable de preinscripción de los recursos destinados a determinar la ineficacia del contrato. En el considerando 27 se insiste en que por motivos de seguridad jurídica, «el carácter ejecutivo de la ineficacia de un contrato debe limitarse a un determinado período. Debe respetarse la efectividad de dichos plazos».

Sea como fuere, se contienen dos plazos, uno de treinta días hábiles que toma como punto de partida dos *dies a quo* distintos (art. 39.3 LCSP), y un plazo general de seis meses (art. 39.4 LCSP). Una vez más, por mera inercia en la transposición de la «Directiva de Recursos», se emplea una técnica normativa deficiente que antepone la excepción a la regla general. La formulación más sencilla de estas reglas es que el plazo de la interposición de la cuestión de nulidad es de seis meses a contar desde la fecha de la formalización del contrato, a no ser que la adjudicación del mismo haya sido objeto de publicación (por ejemplo, procedimientos negociados sin publicidad) o de notificación a los licitadores afectados (casos de adjudicación de un contrato en el ámbito de un acuerdo marco o sistema dinámico de contratación), supuestos en los que el plazo de interposición de la cuestión de nulidad será de treinta días hábiles[75]. Frente a ello, otros modelos como el francés, han empleado fórmulas de mayor sencillez[76].

---

74. Bien es verdad que la aplicación del art. 106 LPC ha permitido someter a plazos la potestad de revisión de oficio de los contratos. Vid. entre otras, la ya citada STS de 23 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9001).

75. Cabe llamar la atención sobre el hecho de que la disposición adicional decimoquinta, relativa al cómputo de plazos, establece que los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que sólo deben computarse los días hábiles, como sucede en el supuesto que nos ocupa.

76. Por ejemplo, el recurso contractual en Francia debe ser interpuesto antes del 31ª día siguiente a la publicación de un anuncio de adjudicación del contrato o, en el caso de los contratos basados en un acuerdo marco o en un sistema dinámico de contratación a partir de la notificación de la conclusión del contrato (art. R. 551-77 párrafo 1, CJA). No obstante, si estas formalidades –publicación o notificación– no se cumplen, se puede acceder a la jurisdicción hasta la expiración de un plazo de seis meses a partir del día siguiente a la conclusión del contrato (art. R. 551-7, párrafo 2, CJA). Como ejemplo de Derecho comparado, sirva el art. 47 E de las Public Contract Regulations 2006 (reformadas en 2009) según el cual «(1) This regulation limits the

En efecto, la cuestión de nulidad habrá de interponerse en el plazo de treinta días hábiles a contar:

a) desde la publicación de la adjudicación del contrato en la forma prevista en el artículo 138.2 LCSP, incluyendo las razones justificativas de la no publicación de la licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

La referencia a las razones justificativas de la no publicación de la licitación en el DOUE cobra sentido los supuestos de procedimientos negociados sin publicidad y en los supuestos de contratos del anexo II de la Directiva 2004/18/CE, si se hubiese decidido su publicación[77]. No será en principio habitual que se publique la adjudicación de un contrato que no se incluye dentro del ámbito de aplicación de las Directivas (por ejemplo, encomiendas a medios propios), porque esta publicidad, si desea hacerse, se realizará probablemente a través del anuncio de transparencia voluntaria –que permite, como es sabido, excluir la cuestión de nulidad–.

Ahora bien, en este precepto late una contradicción, porque el art. 138.2 LCSP no se refiere ya a la publicación del acuerdo de adjudicación, sino a la publicación de la formalización del contrato. Y es que, la adjudicación, que deberá ser motivada, sólo se publica en el perfil de contratante (art. 135.4 LCSP).

Por otro lado, el art. 39 LCSP no ha indicado cuál de las distintas

---

time within which proceedings may be started where the proceedings seek a declaration of ineffectiveness.
(2) Such proceedings must be started
(a) where paragraph (3) or (5) applies, within 30 days beginning with the relevant date mentioned in that paragraph;
(b) in any other case, within 6 months beginning with the day after the date on which the contract was entered into.
(3) This paragraph applies where a relevant contract award notice has been published in the Official Journal, in which case the relevant date is the day after the date on which the notice was published […].
(5) This paragraph applies where the contracting authority has informed the economic operator of
(a) the conclusion of the contract; and
(b) a summary of the relevant reasons,
in which case the relevant date is the day after the date on which the economic operator was informed of the conclusion or, if later, was informed of a summary of the relevant reasons».

77. Dispone el art. 138.2 LCSP que en el caso de contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II y de cuantía superior a 193.000 euros, el órgano de contratación comunicará la adjudicación a la Comisión europea, indicando si estima procedente su publicación.

formas de publicidad previstas en el art. 138.2 (DOUE, BOE, Diarios nacionales y perfil de contratante) es la relevante a efectos del cómputo del plazo. En cualquier caso, la interpretación según la cuál la fecha se computa desde la publicación del anuncio en el DOUE es adecuada según el tenor de la «Directiva Recursos»[78]. Aunque en virtud del principio *pro accione*, debiera prevalecer la interpretación según el cual el cómputo comienza tras la última publicación.

b) o desde la notificación a los licitadores afectados, de los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 137 en cuanto a los datos cuya comunicación no fuera procedente.

En este punto se puede dudar si la trasposición de la Directiva es del todo correcta. El segundo inciso el artículo 2 septies, apartado 1 a) establece como *dies a quo* no la fecha de notificación de la adjudicación, sino la de «celebración» del contrato, o lo que es lo mismo, su formalización. Ello puede resultar paradójico a la vista de que no existe en la Directiva 2004/18/CE una obligación de comunicar la celebración del contrato posterior a la de informar de los resultados de la licitación (art. 41 Directiva 2004/18/CE) y dada la remisión que hace el art. 2 septies 1 a) segundo inciso al artículo 41.2 de la Directiva 2004/18/CE, parece que en este caso la incorrección técnica es de la propia Directiva, habiendo obrado el legislador español con corrección al hacer referencia a la adjudicación, y no a la celebración[79].

A la hora de deslindar los supuestos a los que será aplicable este

---

78. En este sentido, dispone el apartado que se traspone el recurso se interpondrá antes de que transcurran como mínimo 30 días hábiles a partir del día siguiente a la fecha en que «el poder adjudicador haya publicado el anuncio de adjudicación del contrato de conformidad con el artículo 35, apartado 4, los artículos 36 y 37 de la Directiva 2004/18/CE». Estos preceptos, se refieren a la publicidad en el seno de la Unión.

79. En cualquier caso, también pudiera interpretarse que la «Directiva Recursos» permite una información «facultativa» (no prevista en la Directiva sustantiva) relativa a la celebración del contrato, con el efecto de, en estos casos, limitar el amplio plazo de preinscripción de seis meses. En estos casos, este plazo de un mes desde la notificación de la celebración se aplicaría a los supuestos de «formalización apresurada». De ahí que la Directiva Recursos [art. 2 septies 1 a)] señale que esta opción será *también* aplicable a los casos adjudicación de contratos en la fase restringida de acuerdos marco o sistemas dinámicos de contratación. La cursiva es nuestra.
En cualquier caso, como se explica en el texto, el legislador español no ha acogido esta interpretación de la Directiva, sino que parece entender que hay una incorrección técnica en la misma.

plazo de prescripción, parece que su ámbito propio es el de la adjudicación de contratos basados en acuerdos marco o sistemas dinámicos de adquisición.

En los supuestos sometidos la LCSP en los que no se haya publicado anuncio en el DOUE por no exigirlo la Directiva (procedimientos negociados sin publicidad y contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del anexo II LCSP) parece difícil entender que los licitadores parte en el proceso de licitación, que serían los únicos que hubieran recibido la notificación que constituye el *diez a quo* del plazo que estamos analizando, ostenten legitimación procesal para discutir el procedimiento elegido –que por definición, no ha de comportado publicidad–, aunque esta apreciación se puede modular a la vista que estaríamos ante un supuesto de nulidad de pleno Derecho[80].

Finalmente, en los casos de formalización «apresurada», no parece aplicable este plazo, porque en la recepción de la Directiva hecha por nuestro legislador, que como hemos señalado remite a la obligación de notificar la adjudicación y no la «celebración», la notificación de la adjudicación no permitirá al recurrente conocer cuándo se ha formalizado el contrato con infracción de la LCSP. Por tanto una interpretación que aplicara en estos supuestos el plazo reducido de un mes podría mermar los derechos de defensa del licitador.

En efecto, nuestro legislador ha dispuesto que el *dies a quo* comience desde la notificación de la adjudicación y no desde notificación de la formalización. Si se aplica el plazo de un mes desde la notificación a los supuestos de formalización apresurada, este *dies a quo* puede imposibilitar la presentación de la cuestión. Ello sucederá en aquellas hipótesis en las que pese a haberse interpuesto el recurso especial en materia de contratación y pese a estar vigente la suspensión de la adjudicación, el órgano de contratación formaliza el contrato una vez transcurridos más de treinta días hábiles desde la notificación de la adjudicación.

Adviértase que en cualquier caso podrá ser usual que el inicio del cómputo del plazo para la impugnación de un mismo contrato esté sometido a dos *dies a quo* diferentes[81]. La norma no prevé ninguna regla

80. Como es sabido, dado que la presentación de la oferta supone la aceptación incondicionada por el empresario de la totalidad de las cláusulas del pliego (art. 129.1 LCSP) la jurisprudencia ha limitado enormemente la posibilidad de que la invalidez de los pliegos pueda comunicarse al contrato adjudicado si estos no fueron impugnados en forma. Buena muestra de esta doctrina jurisprudencial es la STS de 28 de junio de 2004 (RJ 2004, 5448).

81. Así, establece el art. 186.2 LCSP que el resultado del procedimiento de un contrato basado en un sistema dinámico de adquisición deberá anunciarse dentro de los

de resolución del conflicto, por lo cual, en una interpretación *pro accione*, habrá que entender que será el más favorable al recurrente[82]. Probablemente, el legislador debiera haber acotado con mayor precisión en qué supuestos es aplicable cada tipo de plazo, como han hecho ordenamientos como el francés[83].

Finalmente, como plazo general, el nuevo art. 39 LCSP establece que fuera de los casos previstos en el apartado anterior, la cuestión de nulidad deberá interponerse antes de que transcurran seis meses a contar desde la formalización del contrato. La aplicación de este generoso plazo corresponderá en los supuestos en los que no se ha publicado anuncio previo de licitación, ni se ha notificado la adjudicación del contrato a eventuales licitadores «afectados». Por tanto sólo son imaginables casos en los que, por considerar el órgano de contratación que el contrato no está sometido a la LCSP, ni da publicidad a la licitación, ni convoca un procedimiento de licitación, ni obviamente, existen potenciales adjudicatarios a los que comunicar la adjudicación. Sería el supuesto del cuestionamiento de la legalidad de encomiendas de gestión a medios propios o de una modificación contractual que, sin estar prevista en el pliego, afecte a elementos sustanciales, entre otros. Además, este plazo de prescripción más generoso sería aplicable también, a nuestro juicio, a los supuestos de formalización «apresurada», es decir, bien cuando no se respete el plazo de «congelación procedimental», bien cuando se formalice el contrato aunque se haya producido la suspensión automática de la eficacia del acuerdo de adjudicación por la interposición del recurso especial.

La cuestión de nulidad se tramitará de conformidad con lo dispuesto en relación con el recurso especial en materia de contratación, con una serie de salvedades.

En primer lugar, no se exige el anuncio de interposición del recurso,

---

cuarenta y ocho días siguientes a la adjudicación de cada contrato en la forma prevista en el art. 138.1 LSP. No obstante, estos anuncios podrán agruparse trimestralmente, en cuyo caso el plazo de cuarenta y ocho días se computará desde la terminación del trimestre. Por su parte, en relación con la adjudicación de contratos basados en un acuerdo marco, el art. 182.4 f) establece que si lo estima oportuno, el órgano de contratación podrá decidir la publicación de la adjudicación conforme lo previsto en el art. 138 LCSP.

82. En este sentido, la STS de 18 de junio de 2007 (RJ 2007, 5248) afirma que cabe iniciar el cómputo del plazo para la interposición de recurso desde el siguiente al de la publicación del acto si esta se realiza después de la notificación. De esta forma, la publicación del acto notificado vuelve a abrir los plazos de recurso.

83. Vid. supra nota 76 de este capítulo.

requisito procedimental introducido en art. 314.1 LCSP y cuya finalidad se adivina es permitir al órgano de contratación preparar su defensa en los exiguos plazos del recurso especial.

En segundo lugar, la interposición de la cuestión de nulidad no producirá efectos suspensivos de ninguna clase por sí sola. Podrá acordarse la suspensión de la adjudicación de contrato o cualquier otra medida cautelar, pero parece desprenderse que será necesaria previa solicitud de las partes. En ningún caso, a diferencia del recurso especial, esta suspensión –no ya del procedimiento de licitación, ya culminado– sino de la propia ejecución del contrato, será automática. Pero en todo caso, en virtud del art. 72 LPC, podrá suspenderse la ejecución del contrato por el tiempo que dure la tramitación del procedimiento[84], para facilitar la eficacia de una eventual anulación del contrato, que podrá suponer, en términos generales, la restitución de las prestaciones.

Finalmente, se amplían los plazos establecidos para que el órgano de contratación realice determinadas actuaciones, si bien esta ampliación se realiza dentro de márgenes muy prudentes. Así, el plazo que dispone el órgano de contratación para formular alegaciones en relación con la solicitud de medidas cautelares se eleva de dos a siete días hábiles. Además, el plazo establecido para la remisión del expediente por el órgano de contratación, acompañado del correspondiente informe, se elevará de dos a siete días hábiles.

En la resolución de la cuestión de nulidad, el órgano de recurso deberá resolver también sobre la procedencia de aplicar las sanciones alternativas de la declaración de nulidad[85] si el órgano de contratación lo hubiera solicitado en el informe que debe acompañar la remisión del expediente administrativo.

Cuando el órgano de contratación no lo hubiera solicitado de esta forma podrá hacerlo en el trámite de ejecución de la resolución. En tal caso el órgano de recurso independiente, previa audiencia por plazo de cinco días a las partes comparecidas en el procedimiento, resolverá sobre la procedencia o no de aplicar las sanción alternativa solicitada dentro de los cinco días siguientes al transcurso del plazo anterior.

Dispone el nuevo artículo 39 LCSP que contra esta resolución cabrá

---

84. En relación con la adopción de medidas provisionales en el ámbito de los recursos contra la adjudicación de contratos públicos vid. DE LA SIERRA, S., «Un legislador impenitente: Derecho de la Unión y procedimiento en la contratación pública», *REDA*, 149, 2011.
85. Vid. *infra*.

interponer recurso en los mismos términos previstos para las resoluciones dictadas resolviendo sobre el fondo. Lo que ha olvidado el precepto es precisar qué recursos cabe contra la resolución de la cuestión de nulidad. Por aplicación analógica del art. 319 habrá que entender que sólo cabrá la interposición de recurso contencioso administrativo según lo dispuesto en los artículos 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 11, letra f) de su apartado 1 de la LJCA, preceptos que regulan el órgano jurisdiccional competente para conocer de la impugnación de las «resoluciones» dictadas por el órgano competente para la resolución de recursos en materia de contratación, por los Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales y por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

5. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD Y LA POSIBLE CONSERVACIÓN DE EFECTOS DEL CONTRATO NULO

5.1. INEFICACIA FRENTE A CONSERVACIÓN DE LOS EFECTOS DEL CONTRATO EN LOS SUPUESTOS EN LOS QUE CONCURRA UNA RAZÓN IMPERIOSA DE INTERÉS GENERAL

El artículo 38 LCSP tiene por engañosa rubrica «consecuencias de la declaración de nulidad en los supuestos del artículo anterior». En realidad, el precepto dedica su primer apartado, de sólo dos líneas, a determinar cuáles son las consecuencias de la declaración de nulidad en los supuestos del art. 37 LCSP y ello además, por remisión al régimen ordinario del art. 35 LCSP. Y es que la regla general en nuestro Derecho, la declaración de ineficacia de contrato con efectos retroactivos, se ajusta perfectamente a la «Directiva Recursos». Los otros tres apartados del artículo, mucho más extensos, se dedican a disciplinar un régimen alternativo a la declaración de nulidad y es precisamente en este punto dónde se contienen novedades significativas.

Como ya hemos adelantado, los supuestos especiales de nulidad se caracterizan porque llevan aparejados un régimen especial de conservación de los efectos del contrato nulo. En este sentido, el art. 38 LCSP como ya hemos adelantado, en realidad no regula las consecuencias de la declaración de nulidad –que son las establecidas con carácter general en el art. 35.1 LCSP–, sino las de la ausencia de su declaración[86]. En

86. Cabe llamar la atención que el nuevo artículo no se compadece bien con las categorías conceptuales del art. 35.3 LCSP que permite que pese, a la declaración de nulidad, se conserve la eficacia del contrato. El art. 38 LCSP establece que, excepcionalmente pese a la constatación de la existencia de un vicio de invalidez, no se declarare la nulidad. Probablemente, desde la perspectiva de la independencia de las catego-

efecto, tal y como permite la Directiva, el artículo consiente que como alternativa a la declaración de nulidad y sus efectos –que no son otros en nuestro Derecho de los contratos que ineficacia retroactiva del contrato– se impongan una serie de sanciones alternativas. Lo que sólo será viable en determinados supuestos tasados. Son estas alternativas, y no la mera conservación de efectos del contrato nulo, que ya se establecía en el art. 35.3 LCSP –bien es verdad que en una formulación mucho más flexible– el contenido realmente novedoso de este aspecto de la regulación introducida por la Ley 34/2010.

En efecto, con carácter general se dispone que la declaración de nulidad por las causas previstas en el artículo 37 LCSP («supuestos especiales de nulidad contractual») producirá los efectos establecidos en el artículo 35.1 de esta Ley. Es decir, implicará la liquidación del contrato, debiendo las partes restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen recibido y si esto no fuera posible, se devolverá su valor. Esta remisión no plantea problema alguno, porque, como hemos señalado, teóricamente nuestro Derecho se adapta escrupulosamente a la norma europea, ya que prevé que la declaración de nulidad produzca efectos retroactivos.

Sin embargo, el órgano competente para declarar la nulidad, podrá no declararla, y acordar el mantenimiento de los efectos del contrato si atendiendo las circunstancias excepcionales que concurran, considera que existen razones imperiosas de interés general. Ahora bien, como contrapartida a la falta de declaración de la nulidad, se impondrán una serie sanciones alternativas. El órgano que ha de decidir la sustitución de la declaración de nulidad por la imposición de sanciones alternativas es el órgano competente para la resolución del recurso, si bien corresponderá al órgano de contratación solicitar la aplicación de este régimen excepcional, lo que podrá hacer tanto a la hora de remitir el expediente como en fase de ejecución de la resolución del órgano de recurso (art. 39 LCSP).

El supuesto de hecho que permite la sustitución de la declaración de nulidad por sanciones alternativas se produce si en función de «las circunstancias excepcionales que concurran», existen «razones imperiosas de interés general que lo exijan».

---

rías de validez y eficacia, el tenor del art. 35.3 LCSP sea técnicamente más adecuado. Dada la independencia conceptual entre validez y eficacias es perfectamente admisible que, como establece el art. 35.3 LCSP, exista una declaración de invalidez del contrato y este siga, sin embargo, produciendo efectos.

Como se puede comprobar, el supuesto es de aplicación fuertemente restrictiva[87]. Además, hay que tener en cuenta que sólo se considerará que los intereses económicos constituyen las razones imperiosas en los casos excepcionales en que la declaración de nulidad del contrato dé lugar a consecuencias desproporcionadas[88]. Teniendo en cuenta además, que el art. 38.2 LCSP expresamente declara que no se considerará que los intereses económicos directamente vinculados al contrato en cuestión constituyen razones imperiosas de interés general. Estos intereses económicos directamente vinculados al contrato consisten, como expresamente se enumera sin carácter taxativo, en los costes derivados del retraso en la ejecución del contrato, de la convocatoria de un nuevo procedimiento de contratación, del cambio del operador económico que habrá de ejecutar el contrato o de las obligaciones jurídicas derivadas de la nulidad.

En este punto, el legislador español ha transpuesto casi literalmente el art. 2 quinquies, paraf, 3, 3, de la «Directiva Recursos». Este precepto es el resultado de una fuerte confrontación en la negociación de la norma entre los Estados miembros –que insistían en que los intereses económicos pudieran ser tomados en consideración– y la Comisión y el Parlamento que se oponían, en la creencia, en mi opinión bastante fundada, en que ello se traduciría en un uso abusivo del mecanismo de conservación de efectos. La solución alcanzada implica que los intereses económicos serán difícilmente tomados en consideración, dado que no es sencillo imaginar supuestos donde las razones imperiosas de interés general no tengan un carácter económico y, es más, no estén directamente vinculadas al contrato. Aun así, no han faltado autores que proponen como tales ejemplos la construcción o reparación de obras públicas cuando de su pronta ejecución dependen intereses económicos de terceros[89].

---

87. En la formulación tradicional del art. 35.3 LCSP, permite la conservación de los efectos del contrato nulo siempre que se produzca un «grave trastorno al servicio público». Sin duda, la formulación patria es más abierta.

88. En este punto, el legislador español ha transpuesto casi literalmente 2 quienquies 3 de la Directiva Recursos.

89. GOLDING/ HENTY («The New Remedies Directive of the EC; Standstill and Ineffectiviness», *PPLR*, 2008, 17, págs. 146) facilitan como ejemplo la construcción ya iniciada de un Estadio Olímpico. A favor del mantenimiento de los efectos del contrato abogarían no sólo los intereses de las partes, sino también el interés general. Y también, intereses económicos de terceros (medios de comunicación, urbanizadores, vendedores de tickets, etc.) que no son responsables en modo alguno de la invalidez del contrato.
Por su parte, BEL, N./SJÖDIN, C. («La nouvelle directive "Recours"», *op. cit.*,), proponen como ejemplo de circunstancias económicas indirectamente vinculadas con el

En definitiva, parece que en principio será difícil la aplicación sanciones sustitutivas de la declaración de nulidad como alternativa al cese de la eficacia del contrato. Aunque habrá algunos supuestos que pudieran legitimar su utilización, tales como, a salvo de lo que señalaremos después, razones técnicas ligadas a casos en los que se encuentre avanzada la ejecución del contrato[90], o en los supuestos de economía procedimental, únicamente alegables en las hipótesis que el contrato se adjudicó sin vulneración de norma sustantiva alguna[91], o en aquellos casos en los que la retroacción de efectos de la declaración de nulidad sea materialmente imposible por haberse ejecutado el contrato en su totalidad –sirva como ejemplo un contrato de consultoría adjudicado ilegalmente, en el que será imposible para el órgano de contratación devolver la prestación e injusto para el adjudicatario restituir la compensación–[92]. Es más, la doctrina comparada facilita ejemplos concretos tales como la restauración de una obra de arte, cuya devolución al estado inicial sería ciertamente inoportuna[93]; el suministro de medicamentos a tropas desplazadas en una zona bélica[94]; o la ejecución de de contratos que sean respuesta a amenazas medio ambiente y a la seguridad nacional[95];

Recapitulando, en la lógica de la Directiva, la estimación del recurso contractual conlleva la declaración de ineficacia del contrato. Aún así, existen casos excepcionales en los que se conservaran los efectos del contrato nulo, siempre que ello vaya acompañado de la imposición de una serie de sanciones alternativas por parte del órgano de recurso.

---

contrato, el supuesto de un contrato de obra de reparación de un puente que da acceso a una estación de esquí. La privación de efectos del contrato, al impedir la utilización del puente, tendría consecuencias económicas nefastas en las actividades de los hoteles y restaurantes cercanos a la zona. Por ello, en este caso, se podrían conserva los efectos del contrato inválido.

90. En Derecho italiano, el art. 245-bis *del* Decreto legislativo n. 163 del 2006 dispone expresamente que «*tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale*».
91. Nos referimos a los casos de incumplimiento de la suspensión de la adjudicación consecuente a la interposición del recurso especial, cuando el órgano competente para la resolución de la cuestión concluya que en el procedimiento de licitación no se vulneró norma sustantiva alguna. Vid. epígrafe. II.2 B).
92. HENTY, P., «OGC Consultation on Implementation of the New Remedies Directive», *PPLR*, 2009, pág. 51.
93. HENTY, P., «OGC Consultation on Implementation», *op. cit.*, pág. 50.
94. A ello hace referencia, en Gran Bretaña, un documento ministerial, *OGC Guidelines,* part. III. El supuesto no es de laboratorio y se planteó en Reino Unido en la sentencia *BSF Group Ltd v Secrtary of State for Defence and Purple Foodservice Ltd* [2006], *EWHC* 1513 (Ch).
95. CLIFTON, M. J., «Ineffectiveness…», *op. cit.*, pág. 165.

En este diseño más o menos claro, no obstante, el considerando 23 de la Directiva 2007/66/CE introduce confusión, al señalar literalmente que

> «… en casos excepcionales, el uso del procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación según lo dispuesto en el artículo 31 de la Directiva 2004/18/CE o en el artículo 40, apartado 3, de la Directiva 2004/17/CE debe autorizarse inmediatamente después de la anulación del contrato. En esos casos, si por motivos técnicos o apremios de otro tipo, solo el operador económico a quien se haya adjudicado el contrato pudiera llevar a cabo en esa fase las obligaciones contractuales restantes, podría justificarse que se invocasen razones imperiosas».

En este caso, por tanto, parece que en presencia de un interés público, que no sea lo suficientemente cualificado para declarar la subsistencia de efectos del contrato nulo, debe anularse el contrato, pero el órgano de contratación puede adjudicarlo, inmediatamente después, al mismo licitador empleando el procedimiento negociado sin publicidad. Como se ha dicho alocución «motivos técnicos o apremios de otro tipo» parece dejar un espacio enorme para un gran número de justificaciones por parte del órgano de contratación[96]. Las consecuencias pueden ser sorprendentes, porque en este caso, los efectos prácticos son precisamente los contrarios a los deseados por la Directiva. Porque, siempre que el órgano de recurso no acuerde otorgar el contrato al recurrente, lo que sucederá cuando no consiga acreditar que su oferta fue la económicamente más ventajosa, tras la anulación del contrato seguirá una nueva adjudicación a favor del mismo licitador, sin que se haya establecido ninguna sanción efectiva, e independientemente de la gravedad del vicio que motivó la anulación a la adjudicación.

Por lo demás, la LCSP añade a la regulación de la Directiva que la resolución por la que se acuerde el mantenimiento de los efectos del contrato deberá ser objeto de publicación en el perfil de contratante. Esta resolución, como hemos analizado, se tomará por el órgano independiente que ha de resolver recursos especiales en materia de contratación y cuestiones de nulidad, y podrá adoptarse en la resolución o en período de ejecución de la misma. La obligación de publicar el acuerdo que impone sanciones alternativas a la declaración de nulidad favorece una mayor transparencia y puede generar mayor confianza en los procedimientos de licitación. En consecuencia, este requisito formal añadido por la legislación española merece una crítica favorable.

---

96. CLIFTON, M. J. («Ineffectiveness…», *op. cit.*, pág. 173), interpretando la versión inglesa («technical or other compelling reasons»).

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que la interposición de cuestiones de nulidad no será previsiblemente habitual, dado su restringido ámbito de aplicación y su carácter de mecanismo subsidiario del recurso especial en materia de contratación[97]. Por lo que esta conservación excepcional de los efectos del contrato nulo tampoco será cuantitativamente importante.

5.2. SANCIONES ALTERNATIVAS A LA INEFICACIA

En los casos en los que se decida no declarar la nulidad del contrato, porque concurre una razón imperiosa de interés general, la declaración de nulidad (y su consecuente privación de efectos) deberá sustituirse alguna de las sanciones alternativas siguientes: la imposición de multas o la reducción de la duración del contrato. En este sentido, la «Directiva Recursos» se limita a disponer que las sanciones alternativas deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, correspondiendo a legislador nacional determinar los detalles de las sanciones alternativas y de las normas de su aplicación. Y aunque en el caso de la reducción proporcionada de la duración del contrato el contenido de la sanción haya quedado muy abierto, lo cierto es que en mi opinión el legislador español ha seguido con corrección los dictados del Derecho de la Unión europea.

Establece el art. 38.3 a) LCSP que la imposición de multas al poder adjudicador se realizará por un importe que no podrá ser inferior al 5% ni superar el 20% del precio de adjudicación del contrato. En este sentido, la Directiva europea deja a los Derechos nacionales la posible fijación de una horquilla que permita entender que la multa es efectiva, proporcionada y disuasoria, parámetros que parece cumplir nuestra legislación, más aún si se tiene a la vista de otros referentes de Derecho comparado. Por ejemplo, el Derecho italiano la ha establecido entre un 0,5 y un 5% del precio del contrato[98] y el holandés en un máximo del 15% del valor estimado del contrato[99]. Dada la elevada cuantía de los contratos cuya impugnación tiene acceso a la cuestión de nulidad, el importe de las multas puede resultar sin duda disuasorio.

---

97. CLIFTON, M. J. («Ineffectiveness..», *op. cit.*, pág. 179) va más allá, al dudar que, dada la poca inclinación de las empresas a incomodar a sus potenciales clientes, los recursos sean un mecanismo útil para asegurar el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública.
98. Art. 245-ter del decreto legislativo n. 163 del 2006.
99. Art. 12 WIRA. La multa es impuesta por el *Nederlandse Mededingingsautoriteit* (Tribunal de Defensa de la Competencia neerlandés).

Cuando se trate de poderes adjudicadores cuya contratación se efectúe a través de diferentes órganos de contratación, la sanción alternativa recaerá sobre el presupuesto del departamento, consejería u órgano correspondiente que hubiera adjudicado el contrato.

Para determinar la cuantía en la imposición de las multas, el órgano competente tomará en consideración la reiteración, el porcentaje del contrato que haya sido ejecutado o el daño causado a los intereses públicos o, en su caso, al licitador, de tal forma que éstas sean eficaces, proporcionadas y disuasorias.

El establecimiento de multas coercitivas a los órganos incumplidores de la normativa aplicable es realmente una novedad en nuestro Derecho. Lo que no aclara la norma es qué destino debe darse a la cantidad recaudada en concepto de sanción. Como hiciera ver el Consejo de Estado[100], ello resultará especialmente relevante cuando el órgano de recurso no pertenezca a la Administración en la que se encuentra integrado el órgano de contratación, supuesto previsiblemente habitual cuando el órgano de contratación pertenezca a la Administración local[101]. En todo caso, el considerando 19 de la Directiva se limita afirmar que las multas deben pagarse a un órgano independiente del poder adjudicador o entidad contratante, lo que es sin duda indispensable para que la sanción no pierda su carácter efectivo. El silencio del legislador español contrasta con el detallado régimen previsto en otros ordenamientos[102], pero implica simplemente que, en el caso del Tribunal Estatal, irán a engrosar los presupuestos generales del Estado.

---

100. Dictamen 499/2010.
101. Considerando 19.
102. Particularmente elocuente es el legislador italiano. Dispone el art. 245-ter del decreto legislativo n. 163 del 2006: «*Art. 245-quater. Sanzioni alternative (articolo 44, comma 1, lettera f) e lettera h), legge n. 88/2009; articoli 2, paragrafi 6 e 7, 2-quinquies, 2-sexies, 3-bis, direttiva 89/665/CEE e articoli 2, paragrafi 1 e 6, 2-quinquies, 2-sexies, 3-bis, direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE; 23° considerando, direttiva 2007/66/CE).1. Nei casi di cui all'articolo 245-bis, comma 4, il giudice amministrativo individua le seguenti sanzioni alternative da applicare alternativamente o cumulativamente:*
a) la sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante, di importo dallo 0,5 per cento al 5 per cento del valore del contratto, inteso come prezzo di aggiudicazione, che è versata all'entrata del bilancio dello Stato –con imputazione al capitolo 2301, capo 8 "Multe, ammende e sanzioni amministrative inflitte dalle autorità giudiziarie ed amministrative, con esclusione di quelle aventi natura tributaria"– entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che irroga sanzione; decorso il termine per il versamento, si applica una maggiorazione pari ad un decimo della sanzione per ogni semestre di ritardo. La sentenza che applica le sanzioni è comunicata, a cura della segreteria, al Ministero dell'economia e delle finanze entro cinque giorni dalla pubblicazione;[…]».
2. Il giudice amministrativo applica le sanzioni, assicurando il rispetto del principio del

La segunda sanción alternativa consiste en la reducción proporcionada de la duración del contrato. En este caso, el órgano competente tomará en consideración la reiteración, el porcentaje del contrato que haya sido ejecutado o el daño causado a los intereses públicos o, en su caso, al licitador.

Por tanto, en estos casos, es el órgano competente para la resolución de la cuestión el que determinará en qué medida ha de reducirse la duración del contrato, sin que el legislador haya fijado ningún tipo de orientación en este sentido, lo que, en nuestra opinión, no hubiera resultado superfluo[103]. En este caso, dada la existencia de una infracción grave del ordenamiento jurídico, lo más adecuado a la finalidad del contrato es mantener la ejecución del contrato sólo el tiempo estrictamente indispensable para la sustitución del licitador sin merma del interés público. Es decir, aplicar la regulación prevista en el art. 35.3 LCSP que permite mantener los efectos del contrato nulo bajo sus mismas cláusulas «hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio». Solo así se podrá restituir la competencia, que es objetivo ansiado por la «Directiva Recursos».

5.3. LA TUTELA DEL ADJUDICATARIO EN LOS SUPUESTOS DE LA REDUCCIÓN DE LA DURACIÓN DEL CONTRATO

A la hora de regular la reducción proporcionada del contrato como sanción alternativa, el art. 38.3 b) LCSP, establece que el órgano de recurso competente determinará la indemnización que corresponda al contratista por el lucro cesante derivado de la reducción temporal del contrato, siempre que la infracción que motive la sanción alternativa no le sea imputable. Se trata por tanto, de una disposición que regula la «ineficacia parcial del contrato» de un modo también especial. Porque, con carácter general, en los casos en los que se declare la «ineficacia» con carácter retroactivo, el art. 35.1 LCSP, establece, en su último inciso, de esta forma de manera independiente a la liquidación del contrato «que la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que ha sufrido». En todo caso, sin necesidad de

---

contraddittorio e ne determina la misura in modo che siano effettive, dissuasive, proporzionate al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante e all'opera svolta dalla stazione appaltante per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione. In ogni caso l'eventuale condanna al risarcimento dei danni non costituisce sanzione alternativa e si cumula con le sanzioni alternative.

103. En Derecho italiano, por ejemplo, el art. 245-ter del decreto legislativo n. 163 del 2006 dispone que la reducción oscilará entre un 10 y un 50% del plazo restante del contrato.

aplicar este precepto, la elaboración de la doctrina del enriquecimiento injusto ha propiciado que el contratista que ejecutó un contrato nulo permanezca en una situación muy similar a la de aquel que ejecutó un contrato válido[104].

La doctrina del enriquecimiento injusto no es exclusiva de la jurisprudencia española. En los casos de anulación del contrato, el Consejo de Estado francés[105] ha reconocido a favor del adjudicatario ilegalmente elegido una indemnización que tiene su origen en el enriquecimiento injusto de la Administración y que abarca sólo el daño emergente. A ello se añade responsabilidad por negligencia, que cubre el lucro cesante o beneficio industrial, pero en este caso, para su percepción, es necesario que la empresa no sea ni parcial ni totalmente responsable de la nulidad del contrato, lo que sucede si conocía o debió conocer, que el procedimiento era ilegal[106].

Por su parte, el novedoso art. 38 LCSP parece dar a entender que el contratista que ve reducida la duración de su contrato porque se celebró ilegalmente obtendrá compensación tanto del daño emergente como del lucro cesante.

Esta previsión de una indemnización a favor del adjudicatario constituye una novedad en nuestro Derecho respecto a la regulación de la Unión Europa[107]. Para que corresponda esta partida será necesario que, como ya hemos adelantado, el contratista no haya motivado la infracción, lo que será realmente difícil en los supuestos de adjudicación del contrato sin publicación previa de anuncio de licitación en el DOCE y vulneración del período suspensivo o infracción de las reglas relativas a la suspensión automática, porque estás infracciones sólo serán en principio imputables al órgano de contratación. En otros Ordenamientos, en cambio, se ha tendido a tutelar exclusivamente al contratante de buena

104. Vid. *supra* notas 30 y 32 de este capítulo.
105. Resulta realmente ilustrativo en este punto el trabajo de ARNOULD, J., «Damages for Performing an Illegal Contract –the Other Side of the Mirror: Comments on Three Recent Judgments of the French Council of State», *PPLR*, 2008, 17.
106. Así, en el *arret* de 26 de marzo de 2008, el Consejo de Estado limitó la indemnización por negligencia al 50%, ya que la adjudicataria, una empresa de gran experiencia, no debió ignorar la falta de motivación de la adjudicación. A mayor abundamiento, en su *arret* de 10 de abril de 2008, el Consejo de Estado excluyó totalmente esta partida indemnizatoria en un supuesto en el que se utilizó ilegalmente un procedimiento negociado sin publicidad.
107. Como señala ARNOULD, J. («Damages for Performing…», *op. cit.*, pág. 275) aunque ni la «Directiva Recursos» ni el TJUE se han pronunciado sobre la protección de la «víctima» de la anulación, el contratista adjudicatario, esta cuestión no ha sido ignorada por los sistemas jurídicos nacionales.

fe, es decir, aquel que desconocía la ilegalidad del contrato[108], porque en otro caso pierde todo su sentido el principio a la protección de la confianza legítima[109] que justifica el reconocimiento de la partida indemnizatoria. En este sentido, se añade que una protección más débil de los derechos del adjudicatario impulsaría a éste asegurar el respeto de las reglas y tendría el efecto de contribuir a la aplicación efectiva del Derecho de los contratos públicos, además de restablecer la efectiva concurrencia[110]. Probablemente, también en nuestro Derecho el recurso a la buena fe hubiera sido más adecuado que la mención a la inimputabilidad, que puede resultar en exceso generosa.

Finalmente, el art. 38.3 b) se ocupa exclusivamente de los supuestos en los que se impone la reducción proporcionada del contrato como sanción alternativa a la declaración de nulidad. Lo que no ha regulado expresamente nuestro legislador es que sucede con el adjudicatario en el supuesto en el que se anule el contrato y, en consecuencia, quede sin efectos. Porque el efecto práctico será el mismo: el adjudicatario inicial, que puede haber iniciado ya la ejecución del contrato, deberá liquidar el contrato. Y el origen será igualmente la comisión de una infracción grosera del Derecho de la Unión Europea. Parece pues lógico extender el mismo régimen indemnizatorio, aunque, como ya hemos advertido, la solución normativa no es totalmente satisfactoria.

5.4. LA COMPENSACIÓN DEL RECURRENTE EN LOS SUPUESTOS DE MANTENIMIENTO DE LA EFICACIA DEL CONTRATO

Finalmente, en el caso de que pese a haberse cometido un vicio de nulidad en la adjudicación del contrato, no se haya declarado la invalidez del contrato por concurrir una razón imperiosa de interés general, será procedente el reconocimiento de daños y perjuicios al recurrente. A diferencia de otros ordenamientos[111], nada dispone en este sentido el

108. Sobre este punto, resulta de gran interés GOISIS, F., «Le conseguenze sul contratto di appalto dei vizi della procedura di gara nell'esperienza britannica, tra tutela della buona fede e attuazioni della Direttiva ricorsi. Prospettive di comparazione con le scelte del legilsatore italiano», *Rivista italiana di Diritto Pubblico Communitario,* págs. 1240 y ss.

109. BEL, N./SJÖDIN, C., «La nouvelle directive "Recours" 2007/66/CE en matiêre de marchés pubics», En nuestra doctrina, GARCÍA LUENGO, J. (*La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos,* Civitas, 2002, pág. 307) ha afirmado que en un sistema en el reconocimiento de la nulidad depende del carácter manifiesto de la infracción no cabe, en principio, que el ciudadano pueda alegar protección de la confianza legítima ya que debía haber previsto que el acto ilegal iba a ser revisado.

110. ARNOUD J., «Damages for Performing… », *op. cit.,* pág. 280.

111. El art. 245-quater del decreto legislativo n. 163 del 2006 dispone que *«Art. 245-quinquies. Tutela in forma specifica e per equivalente 1. L'accoglimento della domanda di*

nuestro. La «Directiva Recursos» exige en su primer artículo que los procedimientos de recursos deben prever las facultades necesarias para conceder una indemnización de daños y perjuicios a las personas perjudicadas por un infracción. Y en sede de regulación de la ineficacia se limita a declarar que la indemnización por daños y perjuicios no constituye una sanción adecuada. Por tanto, la concesión de una indemnización por daños y perjuicios al recurrente es independiente de la imposición de sanciones alternativa.

La falta de referencia expresa de la LCSP a la indemnización del recurrente probablemente se deba a que, como ha señalado la doctrina[112], el sistema indemnizatorio por los daños y perjuicios ocasionados por la actuación administrativa en materia de contratación pública (sobre la base de los arts. 106.2 CE y 139 a 146 LPC) responde satisfactoriamente a las exigencias del Derecho de la Unión Europea, por lo en relación con esta cuestión no ha sido necesaria la transposición a nuestro Ordenamiento. Por tanto, ante el silencio del legislador, es aplicable la doctrina elaborada con carácter general para los supuestos de anulación de contratos públicos[113].

Bien es verdad que en algunos supuestos de la cuestión de nulidad, en concreto en el de las adjudicaciones directas, será muy difícil que el interesado cumpla uno de los requisitos exigidos pretorialmente para el reconocimiento de una indemnización; demostrar que el interesado hubiera resultado adjudicatario en el caso de que no se hubiera cometido la infracción. Porque en estos supuestos, no se conocerá siquiera quién hubiera concurrido de haberse hecho pública la convocatoria. Sólo la apertura de nuevas vías indemnizatorias, así las relativas a la pérdida de oportunidad, podrían permitir al recurrente obtener algún tipo de compensación[114].

Finalmente, dispone el artículo 38.4 LCSP que la imposición de sanciones alternativas se entenderá sin perjuicio de las sanciones de carácter

---

conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 245-bis e 245-ter. Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone, su domanda e a favore del solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione, il risarcimento per equivalente del danno da questi subito e provato».

112. Gimeno Feliu, J. M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española,* Civitas, 2006, pág. 267.

113. He tenido ocasión de analizar los efectos indemnizatorios de la anulación frente a terceros interesados en «Comentario al art. 35», en VVAA, *Contratación del Sector Público Local,* cit., págs. 307 a 321.

114. Sobre la teoría de la oportunidad es imprescindible la cita a Medina Alcoz, L., *La teoría de la pérdida de la oportunidad,* Civitas, Madrid, 2007.

disciplinario que corresponda imponer al responsable de las infracciones legales. Es decir, que por un lado existe una suerte de responsabilidad del órgano administrativo, y por otra, de su titular.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Más que la necesidad de declarar que los contratos celebrados con infracción muy grave del Derecho derivado de la Unión deben carecer de efectos, lo que era ya una regla en nuestro Derecho, la exigencia de la «Directiva de Recursos» de que se disponga contra estos contratos de un recurso rápido, eficaz y sustanciado ante un órgano independiente ha llevado al legislador español a crear un recurso administrativo contractual, la cuestión de nulidad, que se sustancia ante el órgano con competencia para conocer del recurso especial en materia de contratación. Era además, preciso, incorporar a nuestro Derecho el régimen especial de conservación de los efectos del contrato nulo previsto en la Directiva, que se caracteriza por tener un ámbito de aplicación fuertemente restrictivo y por llevar aparejado, como contrapartida, la imposición de las llamadas sanciones alternativas, auténtica novedad en nuestro Derecho.

Este nuevo recurso puede ayudar a superar uno de los problemas prácticos de la transposición del Derecho de la Unión Europea, pues dada la considerable duración de los procedimientos contencioso-administrativos, la nulidad del contrato declarada la más de las veces una vez ejecutado el contrato, carecía de efectos realmente disuasorios. Porque el contratista ilegalmente seleccionado recibía la contraprestación debida por la Administración en virtud de la doctrina del enriquecimiento injusto. Y el recurrente, en el supuesto de que estuviera en condición de demostrar que, de no haberse cometido la infracción, hubiera resultado adjudicatario, es resarcido por una indemnización por los daños y perjuicios causados que suele responder al beneficio industrial. Pero en todo caso, no se restablecía la competencia dañada, y además, tampoco se realiza una gestión eficaz del gasto público, dadas las partidas compensatorias que se debe a abonar a uno y otro interesado. Por ello, la intervención del órgano de recurso independiente, y un diseño ágil del recurso, pueden facilitar la eficacia práctica de las declaraciones de nulidad contractual. Porque es previsible que estas se produzcan bien apenas iniciada la ejecución del contrato, bien incluso sin haberse siquiera iniciado.

Dicho lo anterior, es destacable que la regulación de la cuestión de

nulidad no resulta en absoluto satisfactoria. Comenzando por su propia denominación, que hubiera debido ser más expresiva de su auténtica naturaleza. En segundo lugar, el orden sistemático de la regulación tampoco es adecuado.

Pero fundamentalmente, la disciplina es criticable porque no se deslinda con claridad la naturaleza de la cuestión de nulidad y su relación con el resto de vías de tutela al licitador. En concreto, habiendo abogado el legislador español por crear una doble vía de recurso –precontractual y contractual– no hubiera sido superflua la introducción de una regla que permitiera conocer cuándo comienza y cuándo acaba la posibilidad de interponer cada remedio. En este sentido, surge la duda de si una vez formalizado el contrato, se extingue la posibilidad de interponer recurso especial de contratación, siendo por tanto procedente, por tanto, la utilización de la cuestión de nulidad, en los supuestos tasados en los que es posible, o las vías de recurso ordinarias en aquellos supuestos relativos a determinados contratos de concesión de servicios en los que existe acceso al recurso especial en materia de contratación, pero paradójicamente, no entran dentro del ámbito de aplicación de la cuestión de nulidad.

Por otro lado, al nuevo recurso son extrapolables la mayor parte de las críticas que se han realizado a su *alter ego*, el recurso especial en contratación. Y estas se pueden sintetizar en la necesidad de que se amplíe su ámbito de aplicación y de que se configure como una vía de recurso obligatoria.

Tampoco resulta completamente satisfactoria la regulación de los supuestos especiales de nulidad, auténticos motivos de impugnación, por excesivamente alambicada. Y pese al esmero de nuestro legislador, en el caso de «formalización apresurada» surge la perenne duda de si se ha sido todo lo escrupuloso que se debiera en la transposición del Derecho de la Unión.

Finalmente, la regulación de los plazos de interposición resulta igualmente oscura. Porque, dada la heterogeneidad de supuestos que dan acceso a la cuestión de nulidad, el legislador hubiera debido deslindar con claridad en qué casos es aplicable el plazo excepcional de un mes cuyo *dies a quo* comienza bien desde la publicación de la «adjudicación», bien desde su notificación.

En definitiva, serán precisos muchos esfuerzos interpretativos por parte de los operadores jurídicos para conocer con exactitud el régimen cualificado de nulidad que ha introducido la Ley 34/2010. O probable-

mente, lo que sería en buena medida más acertado, revisar en profundad la regulación de la cuestión de nulidad mediante uno más de los remedos a la LCSP, a los que tan acostumbrados nos tiene el legislador español.

IV. CUESTIONES DE ÁMBITO SECTORIAL

Capítulo 8

Colaboración público-privada: presente y futuro

TERESA BRUNETE DE LA LLAVE
Jefe del Área Secretaría, Contratación y Patrimonio. Ayuntamiento de Illescas
Doctora en Derecho

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CPP Y CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO: DESLINDE. 3. EL CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO. NOTAS ESENCIALES. 4. CPP VERSUS PRIVATIZACIÓN. 5. EL INTERÉS DE LA UNIÓN EUROPEA POR LA CPP. 6. CPP Y CRISIS ECONÓMICA. 7. EXPERIENCIAS. 8. FORTALEZAS Y DEBILIDADES DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.

1. INTRODUCCIÓN

Bajo la denominación de Colaboración Público-Privada (CPP), se alude a una serie de fórmulas muy heterogéneas que tienen en común la entrada del capital privado en el diseño, construcción, explotación, mantenimiento y renovación de infraestructuras y equipamientos públicos.

La CPP está permitiendo en los últimos años, caracterizados por una fuerte crisis económica, hacer frente al necesario desarrollo de servicios públicos manteniendo el ritmo inversión, cumpliendo con los límites normativos[1], y sociales[2] puesto que, articulando los contratos adecuada-

1. La normativa de estabilidad presupuestaria impuesta por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la Unión Europea de 1997, Resolución del Consejo Europeo sobre el Pacto de estabilidad y crecimiento (Ámsterdam, 17 de junio de 1997) [Diario Oficial C 236 de 2.8.1997].
   - La Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria (BOE 13 de diciembre de 2001), que no permite déficits presupuestarios para las Administraciones Públicas, previendo incluso superavits en un futuro cercano, cuando el crecimiento económico supere el 3% en términos reales, y
   - Las normas contenidas en el Sistema Europeo de Cuentas nacionales y Regionales conocido como SEC 95, que describen qué tipo de gastos e inversiones y qué modalidades de financiación deben ser incluidas en el cálculo del déficit y la deuda y cuáles pueden ser excluidos, que son objeto de revisión continua por las instituciones europeas, a fin de evitar nuevas irregularidades.
2. Otro límite lo encontramos en la presión de la población sobre las políticas sociales,

mente, no computan como déficit dentro de los presupuestos públicos, y permiten desarrollar proyectos sin contar con dotación presupuestaria[3], puesto que el sector privado asume los gastos iniciales.

Así pues, queda patente el prometedor futuro de las formulas de CPP, valga como ejemplo[4] la decisión del Consejo de Ministros Económico de la Unión Europea (ECOFIN), de 15 de marzo de 2011 de regular medidas para el cumplimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, entre ellas la imposición de sanciones por incumplimiento del tope del déficit público del 3% del PIB, de manera que los estados que incumplan podrán ser multados con hasta el 0,2% del PIB, lo que en el caso de España sería equivalente a unos 2.000 millones de euros. Además, la deuda pública pasa a tener un importante papel en el Pacto de Estabilidad, ya que se controlará que los países miembros no rebasen el límite del 60% del PIB.

Ello no obsta que, la CPP, ni puede ni debe entenderse *únicamente* como una solución para los gobernantes de acometer obras y servicios sin dinero y sin endeudarse. No nos engañemos, el sector privado no va a venir a invertir su capital en servicios públicos y solucionar el problema sin más, la CPP, tal como voy a exponer seguidamente, es un modelo ensayado en muchos países, especialmente en Inglaterra, con buenos resultados, pero para que funcione bien debe instrumentarse adecuadamente, sin poner absolutamente todo el interés en motivos exclusivamente presupuestarios.

En esta línea, el propio Comité de las Regiones de la Unión Europea[5], considera que la CPP puede ser una solución eficaz para garantizar

---

que por un lado exigen el incremento de los recursos presupuestarios destinados a la población de mayor edad, en un contexto de envejecimiento de la población y, por otro, se oponen con firmeza a elevar la presión fiscal. De modo que los estados están afrontando el dilema, entre otros medios, mediante la utilización de formulas de colaboración público privada, que les permitan atraer al sector privado y su capital, y sacar de sus balances públicos determinadas inversiones.

3. Como bien explica González-Varas Ibáñez, S., «Nuevos desarrollos de la idea de la colaboración privada empresarial en el ejercicio de funciones públicas», *Presupuesto y gasto público 45/2006*, Instituto de Estudios Fiscales, pág. 33, esta lógica es decisiva para entender el fenómeno de la CPP, pues al poder público se le exige no sólo eficacia en la realización de sus funciones, sino también que prescinda de endeudarse presupuestariamente, y se entiende así que los colaboradores privados hayan encontrado un campo abonado para su intervención en la ejecución de infraestructuras públicas, donde es necesaria una actividad financiera de gran magnitud.
4. Acuerdo ECOFIN 15/03/2001, noticia disponible en: *http://www.europapress.es/economia/noticia-ue-suaviza-sanciones-paises-desequilibrios-20110315103411.html*
5. Dictamen del Comité de las Regiones (CDR) sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en

una infraestructura o para ofrecer un servicio público, sin perjuicio de advertir que no siempre es la solución ideal, y que solo después de un análisis de los objetivos concretos se podrá decidir. La elección de la opción por la CPP siempre debe ser mejorar de la calidad del servicio prestado a los ciudadanos, en el marco de la ejecución de un proyecto específico, y las instituciones comunitarias no han de olvidar, que es el ciudadano usuario de los servicios el destinatario de la CPP, y que los poderes públicos deben tener como prioridad, garantizar unas instalaciones o servicios de calidad, seguros y de prestación continuada[6].

En España contamos con una amplia experiencia en concesiones en materia de transportes, sin embargo, reputamos escasa tradición en las de naturaleza social como la educación, la sanidad, la vivienda o la justicia. De modo que nos encontramos en la actualidad ante el reto de la aplicación de la CPP al ámbito social. La CPP puede incrementar la eficiencia y calidad del servicio público, y para ello es necesario un alto grado tanto de aceptación social de la gestión privada de lo público, como de compromiso del sector privado con el interés público. En este sentido, el sector privado debe abandonar la perspectiva del negocio a corto plazo, en aras de asumir un rol de gestor a largo plazo y de cambio del modelo *cliente-proveedor* al de *socio público*[7], proporcionando un servicio de calidad superior al modelo inmediato anterior de gestión pública.

---

materia de contratación pública y concesiones, DO C 51, 06/03/2007 (2007/C 51/05), pág. 2. Texto íntegro disponible en: *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/oj/2007/c_051/c_05120070306es00270030.pdf*

6. «Por ello, no pueden desentenderse de tutelar la prestación del servicio, por encima de los intereses económicos del proveedor, y deben reservarse ciertas facultades, como las de imponer estándares de calidad y seguridad, y modificarlos unilateralmente en beneficio del interés público a lo largo de la vida de la colaboración, poder rescatar la obra o el servicio, y una vez extinguida la colaboración, recibir del prestador los bienes que la autoridad pública considere necesarios para la continuidad del uso o del servicio». Ob. cit. Dictamen CDR 06/03/2007, Considerando 1.10, pág. 3.
7. En este sentido, destaca Gómez, F., «Infraestructuras Públicas Sociales: Cuestión de Valor», *Newsletter Corporativo de Recoletos Conferencias*, en artículo publicado en propública el 25 de julio 2006 que «el sector público español ha hecho un enorme esfuerzo de inversión en la infraestructura pública. El secarral de servicios públicos que encontró la Transición se ha convertido en un campo cultivado que da sus frutos en crecimiento económico, cohesión social y equilibrio territorial. Sin embargo, tenemos carencias y necesidades sobrevenidas (inmigración, contaminación, envejecimiento, globalización, etc.). A juicio del autor, «Las comunidades autónomas, apoyadas por la Administración central, deben dar un paso decidido a los PPP sociales. Sus inconvenientes serán menores que los beneficios y España necesita todavía esfuerzo para converger con Europa; pero ahora con más software que hardware. Los PPP sociales exigen del sector público un esfuerzo en la mejora de su proceso de planificación y contratación de infraestructuras, transitando de la ejecución directa al control del valor generado por el privado. Además, es necesario coordinar las distin-

Asimismo, la CPP se viene enfrentando a importantes desafíos, entre ellos: el análisis de coste-beneficio [Value for Money (VFM) o documento de evaluación previa], la falta de instrumentos financieros adecuados y flexibles, el diseño del mapa del reparto de riesgos, que no todos los sectores son idóneos para su desarrollo por este sistema, y la problemática social en torno a la privatización de servicios públicos.

2. CPP Y CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO: DESLINDE

En el ámbito internacional, la Colaboración Público Privada (CPP) carece de definición unívoca, por cuanto se emplea a través de distintas modalidades y con diferencias en torno al grado de participación de la Administración pública. El Libro Verde de la CPP de la Unión Europea[8] engloba en la CPP «Las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o de un servicio», por su parte la Resolución Legislativa del Parlamento de la UE 2006/2043 INI, la define como «Cooperación a largo plazo, regulada por contrato, entre entidades públicas y el sector privado, con el fin de llevar a cabo proyectos públicos en los que los recursos requeridos se gestionan en común, y los riesgos vinculados al proyecto, se distribuyen de forma conveniente, sobre la base de la capacidad de gestión de riesgos de los socios del proyecto».

Desde esta perspectiva, el antecedente más antiguo de la Colaboración Público Privada, *mutatis mutandi*, se remonta a la concesión administrativa de la época romana, amplia y tradicionalmente utilizada en nuestro país (ferrocarriles, carreteras, servicios públicos).

---

tas administraciones (estatal, autonómica, provincial y local), unificar criterios y aprovechar las experiencias acumuladas. El sector privado tendrá que ser capaz de estructurar ofertas que contengan soluciones completas para el sector público, y pensar en todo caso en su cliente final, el ciudadano. Estos retos obligan a dirigir el debate hacia aspectos menos cuantitativos: ya no va de ladrillos y asfalto, se trata de generación de valor al ciudadano, de poco sirve tener escuelas muy bonitas si el 30% de los estudiantes no finalizan la enseñanza obligatoria, o una biblioteca en el centro de una población está vacía de lectores».
Consulta texto íntegro disponible en:
http://www.pro-publica.com/blog/2006/07/infraestructuras_publicas_soci_1.html

8. *Libro verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones,* [COM (2004) 327 final –no publicado en el Diario Oficial–], Pag. 3. Consulta texto íntegro disponible en:
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2004/com2004_0327es01.pdf

El inmediato antecedente *moderno* es la denominada PFI *(Private Finance Initiative)*. Se trata de una iniciativa del Gobierno Inglés, puesta en marcha a principios de los años ochenta, con el objetivo de reducir los gastos de inversión en infraestructuras a través de la participación privada. La misión de la Administración se centra en decidir qué proyectos se financian con recursos públicos, y en establecer el marco jurídico adecuado para su óptimo desarrollo.

Pueden adoptar múltiples formas como: el diseño, la construcción y mantenimiento, o edificación, propiedad, explotación y transferencia. Dependiendo la elección del modelo de factores como, los objetivos del gobierno, la naturaleza del proyecto, la disponibilidad de financiación y la actividad que el sector privado pueda desarrollar[9]. Han sido consideradas[10] como figuras representativas de un cambio significativo en el planteamiento de las inversiones de capital de los gobiernos en servicios públicos, y una respuesta a la problemática de mejoras cualitativas y cuantitativas de las infraestructuras públicas sin tener que recurrir al endeudamiento.

Los PFI se articulan en torno al elemento esencial de la elaboración del denominado *Public Sector Comparator (PSC)*, necesario para comprobar si un proyecto con participación de la iniciativa privada ofrece Value for Money (VFM), o valor añadido, es decir, mejora la fórmula más eficiente, desarrollada conforme a los procedimientos convencionales de prestación de infraestructuras y servicios, o como lo denominamos en España, gestión directa. En síntesis, el PSC es la evaluación hipotética de todos costes susceptibles de acaecer durante la vida del proyecto, si éste fuera desarrollado directamente por la propia Administración pública, ajustada por la valoración de los riesgos[11].

Hoy la LCSP ha incorporado el PSC anglosajón a través del sometimiento vinculante del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, al resultado del documento de *evaluación previa*, como

9. Vid. Webb, R., y, Pulle, B., *Public Private Partnerships: An Introduction,* Australia: Department of the Parliamentary Library, 2002, cit. en, Acerete Gil, B., *Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones Público-Privadas*, Instituto de Estudios Fiscales, I.S.B.N.: 84-8008-158-9, Universidad de Zaragoza, 2004, pág. 20.
10. En este sentido De la Cruz Ferrer, J., y Anega Carrión, N., *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, Nº 2-3, 2000, págs. 471-486, consideran que la PPP «supone un desafío a la suposición de que la mayoría de las infraestructuras y de los servicios públicos son "per se" públicos, y deben ser financiados y dirigidos por el sector público».
11. Vid. Acerete Gil, B., ob. cit., pág. 20.

elemento preparatorio de la decisión de la Administración, de utilizar este tipo contractual, tal como analizamos en el epígrafe dedicado a las notas esenciales del contrato de colaboración.

España fue pionera en la Unión Europea en positivizar el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, con su incorporación como contrato típico administrativo en la Ley 30/2007 de contratos del sector público y, por tanto, cuenta con una definición concreta de este tipo contractual. Sin embargo conviene retener desde el principio, que este nuevo tipo contractual no es identificable en términos homogéneos a lo que en el ámbito internacional, y más concretamente en la Unión Europea, se conoce como Colaboración Público Privada.

Hoy por hoy, la UE distingue dos tipos fundamentales de colaboración: la CPP contractual (CPPC) y la CPP institucional (CPPI), ésta última responde a la idea de la creación de un ente participado por ambos sectores. Dicha distinción no tiene en cuenta las calificaciones jurídicas del Derecho nacional y, en ningún caso, preestablece la calificación en Derecho comunitario de estos tipos de fórmulas o contratos, si bien es claro que en todas las modalidades, el socio privado debe seleccionarse conforme a un proceso, en el que se garanticen los *principios de libre concurrencia y no discriminación*.

El marco jurídico europeo de la CPP se centra en siguientes documentos:

- La COM interpretativa sobre las concesiones en Derecho Comunitario del año 2000.
- El Libro Verde sobre la CPP de 2004.
- COM (2005) 569 final sobre CPP y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones.
- La RES leg. del Parlamento Europeo sobre la CPP y el Dº comunitario, en materia de contratación pública y concesiones de 2006.
- La COM de la Comisión de 2008 sobre la CPPI.
- Y la COM de la Comisión de 2009 relativa a movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo.

Esta última Comunicación, resalta la necesidad de que la CPP debe ser compatible con las normas de la UE relativas al funcionamiento del mercado interior, el pacto de estabilidad y crecimiento, la legislación comunitaria sobre los mercados públicos y las concesiones de servicios

y las normas de competencia, en la medida en que las colaboraciones público-privadas constituyan una actividad económica.

Como hemos advertido, CPP y contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado no son exactamente lo mismo, y esta es una confusión latente en muchos foros, puesto que CPP es el género y el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado es una de las formas contractuales que puede adoptar. Si bien es cierto, que resulta ser la figura de mayor coincidencia con las PPP anglosajonas[12], y que asimismo, en esencia, mejor recoge el espíritu de la gestión del riesgo entre las partes, en sintonía con los documentos comunitarios antedichos.

En Derecho español la línea divisoria promovida por la UE de CPP, institucional, concesional, y contractual, no resulta nítida, puesto que las formas concesionales, de obras y de servicios, se articulan asimismo mediante relación contractual y sujeta a la normativa pública de contratos. Así resulta que hoy, la Ley 30/2007 recoge tres contratos típicos, que encajan en el género de la CPP contractual: El histórico contrato de gestión de servicios públicos, con matizaciones, el contrato de concesión de obras públicas, introducido por la Ley 13/2003 de concesión de obra pública, y el contrato de Colaboración entre el sector público y el sector privado regulado ex novo por la Ley 30/2007.

Además, la nueva Ley de Economía Sostenible, recoge de nuevo cuño la CPPI, al añadir una Disposición adicional trigésimo cuarta a la Ley de contratos, que comprende el régimen de adjudicación de esta modalidad, con el objetivo de posibilitar la adjudicación directa *a una sociedad de economía mixta, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las determinaciones establecidas en la Ley de Contratos y con el contenido mínimo de los pliegos, que asimismo regula*.

En el objeto genérico de la CPP, encaja una amplia diversidad de servicios y actividades públicas, cuestión que se complica, considerando la divergencia cultural en la UE, en torno al concepto de servicio público. Y del mismo modo, en Derecho interno. En efecto, el concepto de Servicio Público no ha sido pacífico en la doctrina, por ello el Tribunal

12. El Reino Unido fue el primer país que en la década de los noventa impulsó fórmulas que presentaban un cambio en las relaciones entre el sector público y el sector privado en la prestación de servicios públicos, a las que se denominaron Public Private Partnerships (PPP). En sentido amplio, la expresión anglosajona PPP reúne una serie de estructuras y conceptos, que implican la colaboración entre los sectores público y privado en la concepción y puesta en marcha de proyectos de infraestructuras y equipamientos públicos, para el reparto de riesgos y responsabilidades.

Supremo ha venido advirtiendo de la polisemia a que se presta, no siendo, ciertamente una categoría dogmática unívoca.

Es hoy pacífica en la doctrina[13], la necesidad de revisión del concepto de servicio público, que permita acoger y explicar, los nuevos fenómenos que tienen lugar en la sociedad, y acomodarlo a la idea de servicios de interés general, en el contexto de las culturas europeas, fundidas hoy en el Derecho Comunitario.

En la regulación del nuevo contrato de colaboración, el concepto de servicio público se amplía notablemente, al vincularse su objeto al cumplimiento de determinados objetivos no solo de de servicio público, sino también relacionados en genérico con *actuaciones de interés general*.

Por su parte, el contrato de concesión de obras públicas, abandona en la Ley 30/2007, las referencias al servicio público, y únicamente se alude al carácter público de la obra. Por contraste, en el contrato de gestión de servicios públicos, se circunscribe a servicios de *competencia* asumida por la Administración.

Se ha cuestionado por operadores jurídicos y un sector doctrinal, el solapamiento de tipos contractuales y la innecesaria regulación del nuevo contrato de colaboración ente el sector público y el sector privado. En mi opinión, no nos encontramos ante contratos solapados, sino ante opciones alternativas, y la elección dependerá:

- Del contenido, volumen y complejidad de la actuación que pretenda la administración,
- De los medios de la Administración contratante,
- De la idoneidad de cada contrato para los objetivos de interés público,
- Del grado de participación del sector privado,
- Del reparto de los riesgos, y, en última instancia,
- De cual aporte un mayor valor añadido (VFM).

13. Vid. estudio de ORTEGA BERNALDO, J., «Competencias, servicios públicos y actividad económica», *RAP* nº 169/2006, págs. 55-98, con referencias sobre servicios universales, entre otros a: ARIÑO ORTIZ, G., Principios de Derecho público económico, Comares, Granada 1999, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «Del servicio público a la liberalización, desde 1950 hasta hoy», *RAP* 150/1999. GALLEGO ANABITARTE, A., «El sector del gas en la Ley de Hidrocarburos de 1998, algunas notas», *REDETI*, nº 8, 2000, págs. 11 y ss.

3. EL CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO. NOTAS ESENCIALES

El nuevo contrato de CSP-SP, es una figura con alto grado de sofisticación, que incorpora prestaciones complejas cruzadas, al modo de un *mecano para armar*, en las que intervienen una pluralidad de sujetos (Administración, contratista, financieras, usuarios…)[14], cuyo objeto debe ser la realización a cargo de una entidad privada, de una actuación global integrada.

Así, el artículo 11 de la LCSP los define como aquéllos en que una Administración Pública o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas[15], encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

- La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
- La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
- La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.

---

14. González García, J. V., ob. cit. 2006 pág. 22, «Contrato de colaboración público privada», *RAP* nº 170, mayo-agosto 2006, págs. 7-39; en una interesante propuesta definitoria considera estos contratos como «contratos para armar, en los que la Administración y el contratista recogen elementos aislados del ordenamiento jurídico, para configurar cada figura concreta, derecho de bienes, servicios, obras, infraestructuras, tributarios, financieros», admitiendo que son figuras complejas que surgen para ofrecer soluciones imaginativas a las Administraciones Públicas para solucionar problemas en la dotación de infraestructuras, o prestación de servicios, que conllevan un alto grado de sofisticación con prestaciones cruzadas que afecta a la participación de varios sujetos y complejas estructuras.
15. La Ley 2/2011, de Economía Sostenible, ha modificado este artículo permitiendo también a las entidades públicas empresariales u organismos similares de las Comunidades Autónomas utilizar este contrato. Ello no significa que cualquier poder adjudicador sujeto a la Ley que no sea Administración Pública o entidad pública empresarial conforme al art. 3.2 de la LCSP no pueda hacer uso de este contrato pudiendo además ajustarlo a sus propias necesidades.

– Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.

– Asimismo, es posible que el contratista asuma, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos.

El contrato de colaboración se supedita al resultado positivo del documento de evaluación previa, que ha de elaborarse en la forma prevista en el artículo 118, al objeto de verificar que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas. Este documento lo elabora la Mesa especial de diálogo competitivo, de manera que este contrato se configura como *subsidiario* de los demás típicos contenidos en la LCSP.

A partir de aquí, se elabora el programa funcional que se incluye en el documento descriptivo del contrato, comprensivo de los elementos básicos que informarán el diálogo con los contratistas, incluidos los criterios de concurso. Documento que viene a desempeñar el papel del pliego de condiciones administrativas particulares. Seguidamente el poder adjudicador publicará anuncio de licitación que definirá las necesidades públicas a cubrir y requisitos de los contratistas, para posteriormente invitar a un mínimo de cinco empresas. Tras la realización del diálogo competitivo por la Mesa especial en las fases que considere, quedará definida la forma más adecuada de satisfacer el interés de la Administración, recalificándose el contrato si su objeto encaja con otro, por ejemplo el de concesión de obra pública. Concluido el diálogo los invitados presentan oferta final, tras su valoración conforme a la ponderación contenida en los documentos anunciados según lo establecido en los arts. 164 y ss., se adjudicará el contrato con las notificaciones en la forma y modo previstas en la LCSP, y posterior formalización.

En cuanto al precio, se satisfará durante toda la duración del contrato, puede vincularse a cumplimiento determinados objetivos de rendimiento y acompasarse a la efectiva utilización de los bienes y servicios que constituyen su objeto. El plazo se determina en función de la duración de la amortización de las inversiones, o de las fórmulas de financiación que se prevean, y no puede ser superior a 20 años, excepto en el régimen de concesión de obra pública.

Se sujetan en todo caso a regulación armonizada y, por ende, a recurso especial en materia de contratación pública, así como, al proce-

dimiento de selección de diálogo competitivo recogido en la Directiva 18/2004.

Uno de los aspectos que más dudas suscita el nuevo tipo contractual, es la determinación de su régimen jurídico. El legislador ha optado por la técnica de remisión. Así, se rigen en primer lugar por las normas establecidas en el clausurado del contrato, que con carácter de mínimos recoge el artículo 120, y en lo que no se opongan a éstas, por las normas del contrato típico, cuyo objeto se corresponda con la prestación principal. Siendo contratos *para armar*, en mi opinión, la técnica de la remisión es adecuada, puesto que una regulación más precisa, vaciaría de contenido la flexibilidad característica de estos contratos.

4. CPP VERSUS PRIVATIZACIÓN

Una de las cuestiones más espinosas suscitadas por las formas de CPP es que inmediatamente sugieren privatización de servicios públicos, lo que ha supuesto durante mucho tiempo prejuicios ideológicos de los ciudadanos y, por ende, prudencia de los gobernantes a la hora de elegir estos sistemas.

El proceso de externalización de servicios públicos que se observa a nivel mundial, se ha visto acelerado en Europa por una serie de factores, entre los que cabe hacer alusión a las ya destacadas políticas impulsadas desde la Unión Europea, de estabilidad presupuestaria y de promoción la liberalización de los sectores, unidos a la no competencia de las empresas públicas en el terreno privado, así como al esfuerzo de la propia Administración para conseguir una mejor eficiencia en el desarrollo de sus tareas. Asimismo, el proceso de liberalización de los servicios públicos en la UE se explica, entre otras razones, porque no es posible alcanzar el mercado único si las prestaciones de carácter básico como la energía, telecomunicaciones o los transportes permanecen en régimen de monopolio en los respectivos estados.

Como hemos adelantado la CPP no es un nuevo fenómeno, se trata principalmente de la actualización de la histórica técnica de financiación privada mediante gestión indirecta o externalización, no exenta sin embargo de polémica, cuyo principal motivo tiene sin duda sustrato cultural. Tema este de impecable tratamiento por RUIZ OJEDA, en su convencimiento de que se trata de un problema de entendimiento, y por tanto cultural, en palabras del autor, «de qué debe entenderse por financiación privada, del análisis del mercado político, de votos, …/…de la absoluta importancia de las *culturas* de gestión pública, de la mentalidad con que

se plantean, abordan y resuelven los problemas de Administración de recursos escasos, fundamento de la preocupación por conocer lo que las diferentes tradiciones de gestión pública pueden enseñarnos…».

Dentro de estas culturas se observan dos paradigmáticas, la anglosajona y la continental-europea, que responden de manera diversa al problema de la Administración y los riesgos. Así, para la tradición anglosajona financiación privada significa asignación de riesgos a empresas mercantiles como medida estricta de la eficacia que pueden aportar, y por consiguiente, de las retribuciones que van a percibir. Por contraste, en la cultura europeo-continental se traduce en delegación de funciones públicas en una instancia no inserta orgánicamente en el bloque institucional de la Administración, consecuencia de la *vocatio*, o apelación dirigida a las empresas y capitales privados para que colaboren con ella en el desarrollo de una tarea que le pertenece originariamente, y de cuyo buen fin la Administración responde en exclusiva.

Tal como precisa el profesor MARCOU[16], «los distintos contratos sobre cuya base el sector privado se encarga de la financiación de las inversiones y/o la explotación de obras públicas o servicios públicos, no constituyen, hablando con propiedad, una forma de privatización, sino que se trata más bien de un conjunto de instituciones jurídicas, que tienen como objetivo movilizar las inversiones privadas y el *savoir faire* industrial y técnico del sector privado, con el fin de proveer los equipamientos públicos necesarios para la sociedad y la economía. Y es en este sentido, en el que podemos hablar de CPP en su más amplia acepción, puesto que estas instituciones obligan a tener en cuenta los imperativos económicos de la empresa privada». Y la modalidad apropiada en cada caso, privatización, liberalización o externalización, dependerá de muchos factores entre los que pueden destacarse: el consenso político, la capacidad del sector privado, el tipo de activos y servicios prestados, la calidad del servicio antes de la incorporación al sector privado, y el grado de utilización de las infraestructuras para redistribución de rentas.

Así pues, la diferencia radica en que, a través de la liberalización, previa privatización cuando proceda, y siempre mediante la *despublicatio*, servicios y actividades de titularidad pública acceden al ámbito de

16. MARCOU, G.., «La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos», VV.AA. RUIZ OJEDA, A., y GOH, J., *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 27-90.

la iniciativa privada y de la competencia. Y por contraste, mediante la externalización[17] se produce una transferencia al sector privado de una actividad, que o bien se ha venido realizando directamente por la Administración pública, o bien se considera necesario realizarla a partir de un momento dado, mediante un proceso competitivo[18] que se formaliza en un acuerdo contractual, manteniendo la Administración la titularidad del servicio *publicatio* y, por ende, el control y la responsabilidad ante los usuarios del servicio[19]. Identificamos así el término externalización con la institución de la *gestión indirecta*, inserta en las normas de organización y contratación pública, en sus distintas magnitudes e intensidades, dependiendo de la esencialidad del servicio objeto de prestación.

De manera que mediante la privatización, la Administración pierde la propiedad de la infraestructura o equipamiento a favor del operador privado, conservando la potestad de regulación del servicio al incidir de manera intensa en el interés general de los ciudadanos, como es el caso de servicios que podríamos calificar como «vitales» como son el suministro de energías. Sin embargo mediante el sistema de externalización, la Administración conserva la propiedad de las infraestructuras y las potestades y prerrogativas administrativas.

Realizado el deslinde cabe preguntase, en términos de eficiencia que sistema es más ventajoso, la gestión directa o la CPP.

Resulta hoy incuestionable la necesidad del sector privado en el

17. Podemos advertir que, nuestra legislación administrativa no contempla el término externalizar, ni tampoco el diccionario de la RAE ni otros diccionarios de prestigio. El Diccionario de la RAE define el adjetivo «externo» en contraposición con lo interno: «Que obra o se manifiesta al exterior, en comparación o contraposición con lo interno», *www.rae.es*. Ello no obsta que la expresión es por cierto muy utilizada en sede jurisdiccional social, en el marco de las extinciones de relaciones laborales y amortizaciones de puestos de trabajo, que traen causa en la externalización de servicios, tanto de empresas privadas como de la Administración pública.
18. En opinión de más Sabaté, J., «Gestión privada de servicios públicos: La externalización (outsourcing) en la Administración pública», V Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y de la Administración pública, República Dominicana 24-27 de octubre de 2000, fondo Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, pág. 4, «…/...el proceso competitivo implica la existencia de un concurso público en el que participen diferentes operadores dispuestos a concurrir en la prestación de un servicio, y conceptualmente la externalización se apoyaría en el principio de privatización y contractualización, según el cual, las actividades que puedan ser desarrolladas por el sector privado, no tienen que ser retenidas por el sector público».
19. Resulta ilustrativa la obra de Pina, V., Torres, L. y Basilio Acerete, J., La iniciativa privada en el sector público: externalización de servicios y financiación de infraestructuras, Edit. AECA. 2004.

desarrollo de infraestructuras y servicios públicos. En la actualidad los gobiernos se enfrentan a los retos de la nueva economía, que exige reexaminar el papel mismo del Estado, que pueden sintetizarse en cuatro grandes bloques:

a) Globalización, que implica un papel activo en el crecimiento económico, y un mayor grado de competencia;

b) Menor aceptación del crecimiento en el gasto público, como remedio genérico a la aparición de nuevas necesidades tras su aumento espectacular en las últimas décadas;

c) El cambio tecnológico, de ineludible introducción en las estructuras de gestión del Estado; y

d) El cuestionamiento de la credibilidad de las estructuras políticas, para la gestión de algunos servicios colectivos, más orientados a las necesidades de los ciudadanos.

Reconocida pues, la incuestionable presencia del sector privado en el desarrollo de infraestructuras y servicios públicos, y la factibilidad de unir esfuerzos, el debate se ha centrado en los últimos años en torno al grado de colaboración, y a las áreas donde es recomendable hacer uso de las capacidades que ofrece el sector privado, mediante la promoción de políticas que permitan explotar las capacidades de *know-how* y crear sinergias entre ambos sectores. De modo que, el reto no es sólo del sector público, el sector privado tiene también un reto, el de innovación y de responsabilidad social.

En este contexto, el proceso de cambio acelerado que está viviendo la sociedad y las empresas, ha afectado insoslayablemente al sector público, tanto en su papel regulador, como de prestador de servicios, propiciando el vertiginoso ascenso al recurso a fórmulas contractuales, que permitan la financiación extra presupuestaria y el traspaso de la gestión de determinados servicios al sector privado, bajo el estandarte de la optimización de recursos, a través del potencial eficiente que proporcionan las sinergias del conocimiento y la experiencia de ambos sectores, público y privado, y la consecución de la excelencia en el desarrollo de los servicios públicos.

Llegados a este momento, no cabe por menos que preguntarse hasta qué punto la diferencia entre gestión pública y privada es relevante en los procesos de mejora de los servicios públicos. En efecto, muy en síntesis, la gestión privada no parece ser mejor por sí, pues dependerá de diversos aspectos, fundamentalmente, del control o regulación que el

ente público ejerza sobre el socio privado, de las características del servicio o actividad, de la incertidumbre o la necesidad de inversión en activos específicos, de los factores de entorno, así como las posibilidades de generar competencia en el sector.

Hoy la política de servicios públicos en los países desarrollados se formula en términos de excelencia, que se refleja en las denominadas cartas de los servicios públicos, verdaderas declaraciones de los atributos cualitativos que debería presentar la actividad prestacional pública[20]. La habitual apelación a la eficacia o el ahorro de recursos en los proyectos de externalización de servicios públicos, debe complementarse por una parte con el principio de que ahorro no puede traducirse en una pérdida de la calidad del servicio, consecuencia de la búsqueda del beneficio por el sector privado, y por otra con el objetivo de equidad, que permita la igualad de acceso al servicio público. De ahí la necesidad de control por parte de la autoridad pública. Por ello, la consideración de aspectos cualitativos constituye uno de los aspectos clave que plantea el nuevo estilo de gestión pública, esto es, la orientación externa buscando la satisfacción del cliente.

En este orden, los contribuyentes se configuran como principales usuarios del servicio público, y ya no será suficiente valorar la eficiencia con la que se presta, sino que será preciso considerar la calidad con la que se suministra. Y la relación de los efectos de la externalización del servicio sobre la calidad de la prestación dependerá básicamente de dos factores: las condiciones de la prestación previas a la externalización y los controles que la Administración titular del servicio ejerza sobre los operadores privados.

En términos de eficiencia, tampoco se puede afirmar que, en todo caso, la gestión por el sector privado lleve aparejada *sistemáticamente* mayores niveles de eficiencia (si de ahorro)[21]. Más que la propia modalidad de gestión, son las características de la actividad y la correcta planificación, regulación y control del ente público sobre la actividad privada, las que tienen mayor relevancia en términos de eficiencia en la prestación. Y la garantía de la calidad del servicio, corresponderá siempre a la Administración titular, sea cual sea la forma de provisión.

---

20. Vid. en este orden, entre otras, Olias de Lima, B., *La Nueva Gestión Pública*, Prentice Hall, Madrid, 2001, pág. 25.
21. PWC Los hospitales de colaboración públicoprivada ahorran un 25% en costes respecto a los de gestión directa.
Artículo íntegro disponible en:
http://www.pwc.com/es_ES/es/sala-prensa/notas-prensa/assets/desayuno-sanidad-241110.pdf

De modo que, si el servicio se externaliza y se presta por el sector privado, a éste debe exigírsele que aplique los métodos y herramientas de evaluación del resultado de la gestión, en términos de percepción por los usuarios, mediante la implantación de cartas de servicios y demás instrumentos medidores de la calidad. Y, evidentemente, del mismo modo debe exigírsele a la Administración cuando lo hace mediante gestión directa, pues en cualquier caso, en una u otra forma de gestión, quien paga los servicios en última instancia son los ciudadanos.

5. EL INTERÉS DE LA UNIÓN EUROPEA POR LA CPP

La Comisión Europea viene impulsando decididamente desde el año 2004, con la promulgación del el Libro Verde de la CPP de la Unión Europea[22], su promoción en los Estados miembros, y en especial en el desarrollo de la Red Transeuropea de Transportes (RTT)[23].

---

22. Ob. cit. pág. 3.
23. A la vista de las dificultades de la Unión Europea, de aplicación de la política común de transportes contemplada por el Tratado de Roma, el Tratado de Maastricht (1992) reforzó sus fundamentos políticos, institucionales y presupuestarios, introduciendo el concepto de Red Transeuropea en los sectores de infraestructuras de transporte, telecomunicaciones y energía (en adelante RTT), como una nueva competencia de la Comunidad. La RTT reunió en un único ámbito, un conjunto de acciones que hasta entonces se desarrollaban en el marco de otras políticas de la Unión.
    De acuerdo con el Libro Blanco de la Comisión para el Crecimiento, Competitividad y Trabajo de 1993, la RTT constituye un elemento esencial para reforzar el Mercado Interior y el crecimiento económico, así como la cohesión económica y social de la Unión. En 1994, el Consejo Europeo de Essen, aprobó los proyectos prioritarios de las redes de de energía y transporte que podrían recibir financiación comunitaria, y en el año 2001 el Parlamento aprobó la inclusión de los puertos marítimos y fluviales en la RTT.
    «La aportación del transporte por carretera a la intermodalidad. Cap. II La política Europea de Transporte», Ministerio de Fomento, Dirección General de Transporte por Carretera, PETRA (Plan Estratégico para el Sector del Transporte de Mercancías por Carretera). Consulta de texto íntegro disponible en: *http://peit.cedex.es/documentos/propuesta/cap06.pdf*
    European Comission, «White Paper on growth, competitiveness, and employment: The challenges and ways forward into the 21st century», COM (93) 700 final, Brussels, 5 December 1993. No publicada en Diario Oficial.
    Consejo Europeo. Reunión de 9 y 10 de diciembre de 1994 en Essen. Conclusiones de la Presidencia. Consulta texto íntegro disponible en:
    http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/00300.ES4.htm
    Decisión n° 1692/96/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 1996, sobre las orientaciones comunitarias para el desarrollo de la RTT, DO L 228 de 9.9.1996, [adopción: codecisión COD/2001/0229], Actos modificativos: Decisión (CE) n° 1346/2001, DO L 185 de 6.7.2001 y Decisión (CE) n° 884/2004, DO L 167 de 30.4.2004.
    Consultas de este texto y documentos y actos conexos disponible en:
    http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l24094.htm

Los fundamentos de la Comisión Europea para el impulso que está llevando a cabo de las formulas de colaboración público privada se resumen en tres factores:

Factor económico relativo a las restricciones presupuestarias.

Factor eficiencia-eficacia en el funcionamiento de la vida pública, a conseguir mediante el aprovechamiento de los conocimientos y métodos de funcionamiento del sector privado.

Factor Estado, que gira en torno a la evolución del papel del Estado en el ámbito económico, al pasar de operador directo a organizador, regulador y controlador.

La última Comunicación de la Comisión Europea sobre CPP [COM (2009) 615 final][24] de 19 de noviembre de 2009, relativa a movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo, hace especial hincapié en que la colaboración público-privada puede contribuir a la recuperación económica y al desarrollo sostenible de la Unión Europea (UE), considerando que, la combinación de capacidades y fondos públicos y privados es esencial en el contexto de la crisis económica. Si bien es consciente de las dificultades de desarrollo de los proyectos CPP, puesto que implican importantes recursos financieros, una experiencia y formación específica en el seno del sector público, disposiciones financieras complejas y compromiso a largo plazo por parte de las autoridades.

Para la Comisión, las CPP son soluciones innovadoras de financiación promovidas por la Unión Europea que pueden contribuir, en especial, a:

- Facilitar la realización de proyectos de interés público, sobre todo de infraestructuras y servicios públicos a escala transfronteriza;
- Compartir los riesgos financieros y reducir los costes de infraestructura que normalmente son soportados íntegramente por el sector público;

Informe grupo alto nivel sobre la RTT.
Consulta texto íntegro disponible en:
http://ec.europa.eu/ten/transport/revision/hlg/2003_report_kvm_es.pdf
Comisión Europea, «Libro Blanco: la política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad», COM (2001) 370 final, Bruselas, 12.9.2001.
Consulta texto íntegro disponible en:
http://ec.europa.eu/transport/white_paper/documents/doc/lb_com_2001_0370_es.pdf
Sobre el marco jurídico de la RTT y sus aplicaciones a España, vid. completo estudio de Garrido Cuenca, N., *Redes transeuropeas, transporte y ferrocarril. Marco jurídico comunitario y aplicaciones al caso español*, European Public Law Center, Grecia, 2002.

24. Consulta texto íntegro:
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0615:FIN:ES:PDF

• Favorecer el desarrollo sostenible, la innovación, la investigación y el desarrollo, mediante la competencia y los acuerdos con de las empresas privadas;

• Ampliar las cuotas de mercado de las empresas europeas en los mercados públicos de terceros países.

• En el ámbito de la innovación tecnológica son esenciales para la competitividad de la UE, si bien la Comisión debe instaurar un marco específico para facilitar su establecimiento y asegurar el reparto de riesgos y responsabilidades entre los operadores públicos y privados, a la vez que garantizar el acceso a los fondos mediante subvenciones, contratación pública o inversiones.

En síntesis, mediante esta Comunicación, la Comisión presenta los obstáculos a una mayor cooperación y los medios para superarlos. Así, entre los primeros, destaca la crisis económica ha limitado el acceso a la financiación debido al aumento del coste y duración de los créditos, la reducción de los plazos de amortización y la falta de financiación al inicio del proceso de contratación pública. Por este motivo, la Comisión ha presentado un marco temporal aplicable a las medidas de ayuda estatal, destinado a facilitar el acceso a la financiación en período de crisis económica.

Por su parte, como medidas adoptadas por la UE, ante la evidencia de que la crisis económica repercute negativamente en los fondos públicos y en los proyectos que requieren de inversiones a largo plazo, en el año 2010 y en el marco del plan de recuperación económica, la Comisión prevé llevar a cabo cinco acciones específicas para mejorar el establecimiento de colaboraciones público-privadas:

• Crear un grupo de diálogo y de intercambio entre los sectores implicados en iniciativas de colaboración público-privada;

• Aumentar los recursos financieros disponibles, por medio de los instrumentos europeos existentes y elaborando instrumentos específicos;

• Velar por el trato equitativo de los gestores públicos y privados en caso de financiación europea;

• Favorecer la innovación, en especial permitiendo a la UE participar en agrupaciones de derecho privado e invertir directamente en los proyectos;

• Proponer un nuevo instrumento jurídico relativo a las concesiones de servicio público hechas al sector privado.

La Comisión se compromete asimismo a evaluar una serie de medidas suplementarias antes del fin de 2011, mediante la ampliación del ámbito de aplicación de los instrumentos financieros europeos, comple-

tar la evaluación de impacto relativa a la iniciativa en materia de la asignación de concesiones de servicios, la mejora de las prácticas contables, la divulgación de la experiencia y los conocimientos especializados y, por último, favorecer las tecnologías de la información, de la comunicación y de la innovación.

6. CPP Y CRISIS ECONÓMICA

Como ha quedado expuesto, el recurso a las formulas de CPP parte de motivos evidentemente presupuestarios. En tiempos de crisis, como los actuales, estas modalidades de financiación privada son posiblemente, las únicas que permiten la cuadratura del círculo: mantenimiento de los estímulos a la economía mediante la licitación de infraestructuras y equipamientos públicos, responder a la demanda ciudadana de servicios y respetar las restricciones presupuestarias, sin incremento del déficit público.

Por tanto, es fundamental que los proyectos de CPP presten especial atención a los criterios marcados por Eurostat[25] en aplicación del

25. Eurostat es el organismo designado por la Comisión Europea como el encargado de garantizar la adecuada aplicación del marco regulador vigente (SEC 95), por su papel como oficina de Estadística de la Unión. «El procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, fijado en el Tratado de Maastricht (art. 104), supuso un desafío importante para la Comisión Europea, especialmente en sus aspectos estadísticos. Funciona en estrecha colaboración con los institutos nacionales de estadística de los Estados miembros, y los estadísticos de los bancos centrales. Entre otras, elabora textos en que se establece el tratamiento contable de las operaciones. Los Estados miembros presentan la información estadística sobre sus operaciones presupuestarias y Eurostat la evalúa con arreglo al manual de contabilidad SEC 95, desde febrero de 2000, marco de referencia conceptual y vinculante jurídicamente en la Unión Europea. Eurostat no decide sobre casos individuales de los Estados miembros, sino sobre los principios del tratamiento contable de operaciones presupuestarias específicas. Toda decisión en la materia se aplica automáticamente a las operaciones similares en todos los Estados miembros. La decisión sobre cada tipo de operación se registra en una nota metodológica que se remite a las instituciones afectadas, en concreto a la Comisión, el CMFB, los bancos centrales y los institutos nacionales de estadística».
DUPUIS, J. P., COIN, Ch., KOVARICH, E., «Criterios de Maastricht», *Revista Fuentes Estadísticas*, Nº 24, Marzo de 1997, Instituto Nacional de Estadística (INE).
Consulta texto íntegro disponible en:
http://www.ine.es/revistas/fuentes/numero24/pag10-11.html.
Destaca MEGANCK, Ben Prefacio al «Manual del SEC95 sobre déficit público y la deuda pública», Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2002, que «el esfuerzo de Eurostat por garantizar una correcta aplicación del marco de referencia conceptual –el Sistema Europeo de Cuentas Económicas Integradas– (SEC95), en aras de aportar la mayor transparencia a los criterios de evaluación estadística». El manual, complemento indispensable del SEC 95, fue

SEC[2627], al objeto de conocer la forma en que han de estructurarse los contratos, con el fin de evitar el endeudamiento público.

---

aprobado por el Comité del Programa Estadístico (CPE) y El Comité de Estadísticas Monetarias, Financieras y de Balanza de Pagos.
Consulta Manual íntegro disponible en: *http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-42-02-585/ES/KS-42-02-585-ES.PDF*

26. El SEC 95, es un marco contable, comparado a nivel internacional, cuyo fin es realizar una descripción sistemática y detallada de una economía en su conjunto, sus componentes y sus relaciones con otras economías (Sec 1.01.). Como características básicas: se trata de un modelo contable, comparado a nivel internacional de análisis de la economía en su conjunto, cuyas aplicaciones sustanciales son; conocer la estructura de la economía en su conjunto, cálculo valor añadido, consumo, importaciones, inversión, analizar partes de una economía (Bancos, AA.PP, etc.), cuentas de las AA.PP. (déficit), evolución en el tiempo de la economía, crecimiento de la economía % PIB y comparación entre economías. Vid. en este ámbito CAÑADA MARTÍNEZ, A., «El nuevo sistema de cuentas nacionales (SEC-95) y sus implicaciones para el análisis de la coyuntura» *Información Comercial Española, ICE, Revista de economía,* Nº 780, 1999, págs. 125-140, y Vid. sobre tratamiento contable de las CPP en términos de SEC-95 artículo de FATÁS MONTFORTE, J. M., MAGIDE HERRERO, M. ambos de (URIA & MENENDEZ), y MASSO, G. de Pricewatherhouse Coopers Corporate finance, «Modelos de Cooperación Público Privada para la financiación de infraestructuras públicas, tratamiento en términos de Contabilidad Pública (SEC 95) y viabilidad jurídica». Informe encargado por la CEOE, Marzo de 2005.
Consulta de texto íntegro disponible en:
http://www.seopan.es/ficheros/54cbdc1760cc62c5273a80ea7b72e915.pdf

27. El sistema surge como resultado de un trabajo conjunto de los países europeos, y pretende lograr una mayor homogeneidad y comparabilidad de las mediciones macroeconómicas en el seno de la Unión Europea. Su fin principal pasa por la obtención de unos valores de deuda y déficit comparables entre los países integrantes de la Unión. En 2004 Eurostat hizo pública la nueva redacción de la Parte IV del Manual del SEC 95 de Déficit Público y Deuda Pública, correspondiente al tratamiento de las asociaciones público-privadas para la financiación y explotación de activos, o infraestructuras, que desarrolla y concreta los principios establecidos en la Decisión de Eurostat de 11 de febrero de 2004, con el fin de proporcionar una guía sobre su tratamiento en contabilidad nacional y determinar su impacto en el déficit y la deuda públicas.
La Decisión comprende los distintos acuerdos que engloba la CPP, entendida como contratos a largo plazo de provisión de servicios que requieren la inversión por parte del socio privado, en infraestructuras o activos específicamente concebidos para dichos servicios, siendo la Administración el principal comprador de los servicios. Hasta la Decisión Eurostat/2004, la consideración de la operación como propia del sector público o del sector privado dependía según el SEC-95, de la asunción de riesgos de cada agente y su determinación pasaba por el análisis de ocho criterios. En la actualidad, Eurostat ha determinado que, para que la operación pueda ser ubicada fuera del sector público, el socio privado debe asumir dos elementos preceptivos determinantes: El riesgo de construcción en todo caso, y el riesgo de demanda o de disponibilidad, uno u otro o ambos.
La asunción precisa de los riesgos debe ser reflejada contractualmente, dotando de predectibilidad y fortaleza jurídica al modelo de relaciones con la Administración. Asimismo, Eurostat advierte de la necesidad de análisis pormenorizado de las cues-

El criterio último definido por Eurostat para la no consolidación en las cuentas públicas de una determinada infraestructura financiada-gestionada con cargo a un CPP, es el de que la *mayoría* de los riesgos del proyecto estén transferidos a la empresa privada[28]. En este caso, estaremos ante lo que el SEC 95 define como *leasing operativo* constituyendo una financiación fuera del balance de la Administración. Si por el contrario, la principal garante de la mayoría de los riesgos resulta ser la Administración pública, estaríamos ante un *leasing financiero*[29], y se contabilizaría según la norma SEC 95 y las directrices marcadas por Eurostat, como deuda de la Administración por el coste total de la infraestructura, quedando de esta manera la entidad gestora de la infraestructura dentro del sector de las Administraciones Públicas. En este caso Eurostat entiende que la Administración pública es la que provee el servicio, utilizando la infraestructura, encargándose la entidad gestora básicamente de construir la misma.

En el caso de la CPPI, todo depende de la estructura contractual y de ingresos de la *sociedad* en cuestión, y será necesario que se transmitan los riesgos de construcción y explotación desde la sociedad mercantil a terceros contratistas, así la sociedad se vaciaría de riesgos, facilitándose la financiación de la infraestructura en los mercados financieros y alcanzándose el objetivo de financiación fuera del balance de la Administración. Sería posible que estas sociedades celebrasen un único contrato

---

tiones adicionales a la mera transferencia de riesgos, para determinar la clasificación de la operación en términos de contabilidad nacional en los casos menos claros.
Especial interés reviste para Eurostat el tratamiento del riesgo de construcción, lo que viene a confirmar la necesidad imperiosa de acotar realmente los costes de la inversión, antes de establecer las condiciones de la venta de servicios, y de realizar ejercicios serios de planificación financiera de los flujos que generará la operación, como paso previo a la definición contractual o a la licitación pública.
BRUNETE DE LA LLAVE, M. T., *Los contratos de colaboración ente el sector público y el sector privado, especial aplicación a las Entidades Locales,* CII.5 La Ley, 2009.

28. El criterio del *riesgo* el que refleja el sentido último del principio contable de fondo: la infraestructura y el endeudamiento asociado a la misma ha de estar en el balance de aquél que soporta la mayoría de los riesgos que derivan de la propiedad del activo. (Fuente: Informe URIA & MENÉNDEZ y Pricewaterhouse Coopers marzo 2005 ob. cit. pág 12).

29. Tal como destacan los autores del Informe marzo 2005 ob. cit, cuyo planteamiento seguimos en este epígrafe, «los conceptos de leasing financiero y operativo son conceptos generalistas definidos por en base a quién es el principal garante de los riesgos, con el objetivo de que dichas definiciones conceptuales sean comprensibles con independencia del marco jurídico y/o regulatorio existente en cada Estado miembro. Por lo tanto dichos conceptos no son necesariamente coincidentes con las figuras reguladas en nuestra normativa relativas a arrendamiento financiero y operativo».

con un socio privado en los que, de acuerdo con el esquema concesional, el socio privado asumiese los dos riesgos preceptivos. Todo ello mediante mecanismos de retribución semejantes a los previstos para el contrato de concesión de obras públicas, esto es, peajes abonados por los usuarios y en sombra por la sociedad pública, pagos por disponibilidad abonados por la misma o una combinación de las anteriores. En este sentido, el contrato debe permitir una transferencia de riesgos suficientes al socio privado.

En conclusión, la idea fundamental de toda CPP (CPPI y CPPC) reside en el adecuado equilibrio de los riesgos, porque si bien un exceso de riesgos transferidos eliminaría el riesgo de consolidación, también podría suponer un encarecimiento excesivo del precio exigido por el sector privado para retribuir el riesgo asumido, y consecuentemente la inviabilidad financiera del proyecto. Por el contrario, si el exceso de riesgos lo soporta la Administración pública, facilitaría la participación a bajo coste de los socios privados, pero conllevaría un alto riesgo de endeudamiento con afección en presupuestos futuros por la materialización de los riesgos retenidos.

En esta línea, en el Libro Verde de la CPP se refleja con meridiana nitidez que el sentido y objetivo de la transferencia de riesgos a la iniciativa privada, es el de optimizar la transferencia de riesgo más que maximizarla, aplicando el principio de asignar el riesgo a aquella parte más habilitada para soportarlo al menor coste.

De modo que, en síntesis, para que la operación pueda ser ubicada fuera del sector público, el socio privado debe asumir dos elementos preceptivos determinantes:

– *En todo caso el riesgo de construcción,*

– *Al que se ha de sumar el riesgo de demanda y/o el riego de disponibilidad, criterio éste último íntimamente ligado a la calidad de servicio prestado.*

Hemos destacado con anterioridad el interés de la UE por la promoción de la CPP, presentada por la referenciada Comunicación de la UE de 19 de noviembre de 2009, relativa a movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo como solución innovadora de financiación.

En el ámbito Español, la exigencia de ampliar y mejorar las infraestructuras y servicios, ha sido uno de los principales objetivos de los últimos años. Con este propósito, se promulgó en el año 2003 la LCOP,

que introdujo en la LCAP, un amplio abanico de posibilidades de financiación, para el fomento de la inversión del capital privado.

Es evidente que la Administración española necesita hoy más que nunca el capital privado. Y cuando digo Administración española, debemos recordar algo que por obvio a veces se olvida, y es que la Administración no solo es la AGE y las CC AA, sino también las EE LL, a las que la crisis actual se ha venido a sumar a la grave problemática de financiación, prestación de servicios impropios, en un contexto de problemas de gestión y escasez de medios materiales, y de personal cualificado, en pequeños y medianos Municipios. Problemática hoy agudizada, por el freno del crecimiento urbanístico, que había venido constituyendo una de sus principales fuentes de financiación.

En definitiva, no cabe duda alguna que la participación privada en la construcción y/o explotación de infraestructuras es de máximo interés, tanto para el sector privado como para la Administración. Sin embargo, una de las cuestiones más importantes es la obtención de financiación para los proyectos.

En el año 2007 se promulgó la LCSP, dejando vigente el régimen de financiación para las concesiones de obra pública establecido en el TRLCAP 2/2000, que únicamente mantiene su vigencia en este orden (concretamente artículos 253 a 260), esperando a la promulgación de una nueva norma anunciada por la D. F. 10ª LCSP. Actualmente se encuentra en tramitación el *Proyecto de Ley de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas*, aprobada en Consejo de Ministros de 30/10/2009[30]. El proyecto regula algunos medios de financiación de los concesionarios, refiriéndose a la posibilidad de emitir obligaciones y otros valores negociables, permitiendo que los contratistas soliciten créditos participativos (incluso a la Administración concedente) y ocupándose, al tiempo, de los instrumentos de garantía de esa financiación, al establecer previsiones sobre avales públicos y sobre la hipoteca de la concesión, medio tradicional de garantía en nuestro Derecho.

El juicio global que para los analistas económicos[31] merece el proyecto de ley es que, quizá, es demasiado continuista respecto de las

30. Consulta texto íntegro disponible en: *http://www.meh.es/Documentacion/Publico/SGT/NORMAS%20EN%20TRAMITACION/Anteproyecto%20Ley%20Financiacion%20-%20Texto%20aprobado%20Consejo%20Ministros.pdf*
31. Martín Fernández, J., «La colaboración público-privada en tiempos de crisis», CINCO DÍAS digital, 26/07/2010.

previsiones ya vigentes, y, probablemente, insuficiente para cumplir, en la realidad actual, tan escasa en financiación para el concesionario, con la finalidad que la norma persigue. Asimismo, excluye la regulación de las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales. Los resultados de la tramitación parlamentaria y el tiempo dirán.

Paralelamente, la nueva Ley 2/2011 de 4 de marzo de Economía Sostenible, modifica la LCSP, entre otras, potenciando decididamente la CPP. A tal efecto, incorpora el capítulo V al Libro I de la LCSP, en el que regula el régimen de financiación del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, equiparando los medios permitidos para los concesionarios, de captación de financiación privada.

Posibilita asimismo, en el caso de resolución del contrato, la subrogación de los acreedores, directamente o a través de una entidad participada, así como la puesta a disposición de aquellos, de una cantidad no superior al 80 por ciento del coste real de las inversiones realmente ejecutadas, detrayendo esta cantidad de la liquidación del contrato. Con la incorporación de estas medidas se pretende conseguir reducción de costes de estos contratos.

Asimismo la LES establece el régimen financiero de la CPPI, permitiendo utilizar, además de los medios para la modalidad concesional, el recurso a ampliaciones de capital, y la titulización de derechos de cobro.

En el marco de la UE, la Comunicación de noviembre de 2009 antes señalada, hace especial hincapié en la cofinanciación ofrecida por los fondos de la UE, de modo que los operadores públicos y privados nacionales pueden hoy beneficiarse de:

- Fondos estructurales asociados a CPP, así como para las iniciativas JASPER, JESSICA y JEREMIE);
- Fondos del BEI y del Fondo Europeo de inversiones (FEI). El BEI también ha establecido un Centro Europeo Experto en CPP (EPEC) para ayudar a establecer colaboraciones de este tipo;
- Instrumentos financieros de la (red RTE-T); y
- El Séptimo Programa Marco de Investigación y de Desarrollo y la iniciativa tecnológica conjunta (ITC).

La UE propone asimismo el uso de instrumentos destinados a la innovación:

- Instrumento de financiación de riesgos compartidos (RSFF), creado por la Comisión y el BEI para facilitar el acceso a présta-

mos. El plan de recuperación de la economía prevé su puesta en práctica acelerada;

– Los instrumentos del Programa marco para la competitividad y la innovación (CIP), que apoyan la CPP en los ámbitos de la investigación, el desarrollo tecnológico y la innovación.

7. EXPERIENCIAS

Como ha quedado dicho, en el escenario europeo, la CPP constituye un instrumento imprescindible para la financiación de la RTT. La UE contribuye asimismo al Fondo mundial para la promoción de la eficiencia energética y las energías renovables, una CPP internacional, destinada a los inversores de países en desarrollo.

En España, en el ámbito estatal, observamos como proyectos más significativos el Plan Estatal de infraestructuras y transportes 2005-2020[32], y el Programa de Actuaciones para la Gestión y la Utilización del Agua 2006-2015[33].

En el espacio de las CC AA, es muy amplia la utilización de la CPP, especialmente el modelo concesional, como ejemplos cabe citar la experiencia en construcción y gestión de centros hospitalarios, mediante contratos concesionales de la Generalitat valenciana (o el denominado modelo Alzira), El sistema mixto de gestión y financiación de hospitales de la Comunidad de Madrid o, el modelo catalán de arrendamientos operativos. En el ámbito de las Entidades Locales, el Ayuntamiento de Madrid promovió el proyecto de remodelación y soterramiento parcial de la Calle 30, a través del modelo de CPPI[34].

Muchos son los proyectos de CPP promovidos mediante el sistema concesional, si bien aun son pocos aun los que, me conste, se estén realizando a través del nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, lo que tiene sentido por una parte, considerando que la concesión de obra pública cuenta desde el año 2003 con una regulación muy completa, y con un bagaje de importancia en la práctica española y. por otra, posiblemente debido a la complejidad del contrato a la que nos hemos referido con anterioridad. A título de ejem-

32. Página principal PEIT Ministerio de Fomento: *http://peit.cedex.es/*
33. Página principal PEIT Ministerio de Medio Ambiente: *http://www.mma.es/secciones/agua/entrada.htm*.
34. Vid. obra autora cit., *Los contratos de colaboración…,* Capítulo IV análisis más completo sobre experiencias.

plo cito algunos contratos de reciente licitación, al objeto de observar de forma práctica, el amplio abanico de posibilidades que ofrece este contrato:

- Contrato para el suministro, instalación y cesión de uso para explotación de red inalámbrica municipal, Ayuntamiento de Níjar.
- Contratación de una actuación integral para mejora de la eficiencia energética del edificio Oficina Española de Patentes y Marcas.
- Contrato para la dotación de servicios hidráulicos y otros, Ayuntamiento Andrax.
- Contrato para la ejecución de una actuación global e integrada del Bulevar Norte del Ayto. de Alcoy consistente en: La redacción proyecto, la gestión de la contratación, la construcción de la obra, bien a cargo del adjudicatario del mismo o de un tercero. El control y dirección, así como de sus respectivos equipamientos hasta su puesta en funcionamiento y la de todos los servicios necesarios para su utilización.
- Contrato para la prestación de servicios energéticos en las instalaciones de alumbrado exterior del municipio de Soto del Real.
- Contratación de una red inalámbrica municipal para el Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz y posterior cesión del uso parcial.

Continuando con los ejemplos, la Entidad Pública Empresarial Adif, dentro de los trabajos que se están llevando a cabo en el marco del desarrollo del Plan Extraordinario de Infraestructuras (PEI), ha elaborado, en calidad de documento preliminar, el Pliego Tipo de Condiciones Particulares que, una vez aprobado, servirá cómo Pliego modelo a emplear por la Entidad en los contratos de CPP[35].

De acuerdo con el contenido del Pliego, el mismo será de aplicación a contratos que tengan por objeto el diseño, la construcción y el mantenimiento de instalaciones ferroviarias bajo la fórmula contractual de la CPP, debiendo el adjudicatario constituir una Sociedad de Propósito Específico (la «SPE») para la ejecución de las prestaciones objeto de este contrato, en los términos previstos en el Pliego.

El pasado mes de diciembre, Adif publicó anuncio de información previa en el DOUE relativo al contrato de CPP que comprende la actuación integral de: Redacción de Proyecto/s, ejecución de las obras de

35. Consulta web: *http://www.adif.es/es_ES/empresas_servicios/licitaciones/contratos_colaboracion.shtml*

plataforma, montaje de vía, Instalaciones de energía, señalización, telecomunicaciones fijas, telecomunicaciones móviles e instalaciones de protección civil y seguridad de la Línea de Alta Velocidad Olmedo-Lubián-Ourense-Santiago, mantenimiento de lo construido y Financiación de parte de las Inversiones.

8. FORTALEZAS Y DEBILIDADES DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Entre las *fortalezas* de la CPP cabe destacar las siguientes:

- La disponibilidad de obras y servicios públicos sin necesidad de esperar a fondos propios presupuestarios, lo que significa un aumento inmediato de la calidad de vida de los ciudadanos.
- Difieren los costes en los presupuestos públicos de forma gradual, permitiendo con ello detraer recursos para equilibrar desajustes sociales y generacionales. Y si se instrumentan adecuadamente, no computan como déficit público.
- Contribuyen al crecimiento económico y creación de empleo.
- Aprovechamiento más eficiente de los recursos invertidos.
- Determinación más precisa del precio total del proyecto, y asignación óptima de los riesgos y de los recursos públicos.
- Se propicia el objetivo último de la eficiencia y *excelencia* en la prestación de servicios públicos, puesto que la retribución del operador privado, se liga a criterios de rendimiento y objetivos de calidad, y la Administración se centra en las labores de selección y control de la provisión de servicios.
- Y, por último, estabilidad política, puesto que los largos plazos de estos contratos, y la optimización de la inversión a lo largo de la vida útil de la obra o equipamiento, permiten que los avatares de la prestación, no dependan de los gobiernos de legislatura.

Como *debilidades* podemos resaltar las siguientes:

- Si no se estudian precisa y adecuadamente, pueden acabar computando como déficit en los presupuestos públicos, y se corre el peligro de enmascarar niveles elevados de deuda pública.
- Los compromisos de gastos de futuros ejercicios, limitan la financiación de nuevos proyectos.

– Costos más elevados que en sistemas tradicionales de contratación, que parten ya de la elaboración de la oferta.
– Requieren de garantías y controles muy superiores a otro tipo de contratos.
– Pérdida de control público, al poner a disposición del sector privado elevados recursos financieros, así como las facultades de proyección, dirección, ejecución y gestión.
– Costosa y compleja elaboración de los expedientes de contratación, que requieren de un gran número multidisciplinar de participantes, con un grado de conocimientos muy especializado, inviable para pequeñas y medianas administraciones, sin apoyo de las grandes.
– Y, por último, objeciones de naturaleza político-ideológica y cultural, en torno a la gestión privada de servicios públicos, versus gestión directa.

A mi juicio, la CPP puede ser una solución a la problemática general de dotación y modernización de infraestructuras y servicios públicos, tanto en términos financieros, como de gestión, si se realiza de forma adecuada y mensurable. Para que el sistema funcione, evidentemente, debe resultar atractivo para los socios privados, sin perjuicio de que el sector privado también debe implicarse y abandonar como única perspectiva la de hacer negocio a corto plazo, asumiendo el rol de gestor a largo plazo y el compromiso con la equidad social.

Es claro que la Administración constituye uno de los principales motores del crecimiento económico, por ello si mediante la CPP se logra reactivar las obras públicas, el sector privado será uno de los principales beneficiarios, una vez que la demanda de obra privada ha caído hasta cifras desconocidas. A su vez, ello permite la consecución de objetivos públicos, especialmente el mantenimiento de empleo.

En una situación como la actual, los Gobiernos deben desprenderse de prejuicios ideológicos, confiando en el sector privado como un actor que puede y debe contribuir a salir de la situación de crisis económica. Si bien debe quedar claro que estas fórmulas de financiación suponen un mayor coste de las obras públicas ejecutadas, motivado por la carga financiera que llevan aparejadas. Por ello, la entrada del sector privado debe ir acompañada de un correcto diseño de los contratos. Así, el éxito de los contratos, dependerá fundamentalmente de:

– Decisiones políticas mensurables.

- De la óptima determinación de los elementos que van a regir su puesta en marcha, para cuya consecución resulta crucial tanto la evaluación previa, como el reparto adecuado de los riesgos.
- De la plenitud de los documentos contractuales, especialmente del régimen de garantías.
- De un proceso licitatorio transparente,
- De la implicación del sector privado en lo público.
- De mecanismos eficientes de control en términos de eficiencia y calidad durante la ejecución del contrato.
- Y en última instancia, de la dotación de mecanismos operativos crediticios, financieros y tributarios para el sector privado. En este orden queda por ver el resultado de la nueva regulación del régimen de financiación de la CPP, y por resolver los problemas financieros a los que se enfrentan los actuales concesionarios de obras públicas.

Capítulo 9

De las palabras a los hechos: Estudio del modelo vasco de contratación pública electrónica (MVCPE): «Un modelo sencillo, disponible y seguro»[1]

JAIME DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA
Creador del MVCPE
Experto en contratación pública electrónica

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES Y SITUACIÓN ACTUAL. *1.1. Qué es el modelo vasco de contratación pública electrónica. 1.2. Hitos del MVCPE. 1.3. Algunos datos del MVCPE. 1.4. Abundante documentación a su servicio.* 2. PRINCIPIOS ESTRATÉGICOS DEL MODELO. *2.1. Recomendaciones implantadas. 2.2. Recomendaciones por implantar. 2.3. Recomendaciones no interesantes.* 3. BENEFICIOS OBTENIDOS DE LA IMPLANTACIÓN DEL MODELO. 4. NO TODO SERÁ UN CAMINO DE ROSAS. *4.1. La gestión del cambio. 4.2. El centro de soporte a los usuarios. 4.3. La formación.* 4.3.1. Formación presencial. 4.3.2. Formación no presencial. 5. COMPONENTES APLICATIVOS DE LA ARQUITECTURA DEL MODELO. *5.1. Propios de la contratación pública electrónica.* 5.1.1. Aplicación de gestión de expedientes de contratación. 5.1.2. Registro delicitadores o contratistas. 5.1.3. Clasificación de empresas. 5.1.4. Web de registro y clasificación de empresas. 5.1.5. Registro de contratos. 5.1.6. Sistema de licitación electrónica. 5.1.7. Web informativa a licitadores. El perfil de contratante. 5.1.8. Aplicación de gestión de compra y almacenes. 5.1.9. Web de proveedores. 5.1.10. Centro de soporte a usuarios. 5.1.11. Gestión de las alertas tempranas. *5.2. Comunes a la administración electrónica general.* 5.2.1. Certificación, tarjeta y firma electrónica reconocida. 5.2.2. Servicio horizontal de notificación electrónica. 5.2.3. Anotación automática en el libro de entradas y salidas de los documentos que se reciben y que se envían. 5.2.4. Mis gestiones. ¿Cómo está lo mío?. 5.2.5. Otros. 6. EL CONCEPTO DE «ALERTA TEMPRANA». 7. LICITACIONES DE PRUEBA A DISPOSICIÓN DE LAS EMPRESAS.

1. Pueden los lectores conocer un desarrollo teórico de la contratación pública electrónica en el libro «Claves para una contratación pública electrónica eficaz» –de 625 páginas– del mismo autor, editado recientemente por la Editorial La Ley.

1. ANTECEDENTES Y SITUACIÓN ACTUAL

1.1. QUÉ ES EL MODELO VASCO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA

Quiero aclararles a ustedes que la especialidad más relevante del MVCPE y que le distingue de otras experiencias de implantación de la contratación pública electrónica, no es la ejecución por medios electrónicos –añádase también informáticos o telemáticos– de compras de materiales homologados, estandarizados o de uso frecuente, que se realizan entre proveedores cuya capacidad y personalidad jurídica ya ha sido analizada con anterioridad, seguramente por medios tradicionales no electrónicos.

No, la peculiaridad más relevante del MVCPE –y la que ha permitido al Gobierno Vasco obtener diferentes reconocimientos de prestigio– es la realización íntegramente por medios electrónicos del expediente de contratación a lo largo de todas sus fases, tanto internas como externas, en procedimientos de contratación abiertos, restringidos o negociados de todo tipo de suministros, obras[2] o servicios.

¿Qué tipos de compras son las que ha realizado por medios electrónicos el Gobierno Vasco en estos cinco años largos en los que viene admitiendo licitaciones electrónicas en algunos de sus contrataciones administrativas?

Veamos una lista resumida:

- Servicios de consultoría.
- Estudios económicos/estadísticos.
- Muebles de oficina.
- Servicios de traducción.
- Servicios de limpieza.
- Contratación socorristas.
- Mantenimiento de fotocopiadoras.
- Servidores informáticos.

2. En este caso, de modo mucho más ocasional.

- Cursos de formación.
- Selección de Personal.
- Suministro de energía eléctrica.
- Servicios de auditorías.
- Seguros.
- Sistemas de seguridad.
- Publicidad.
- Organización de viajes.
- Fármacos.
- Guantes sanitarios.
- Aplicaciones informáticas.
- Obras menores.
- Formación.
- Mantenimiento eléctrico.

El uso de medios electrónicos incluye, por ejemplo, la publicidad de las contrataciones, la selección de los contratistas, el envío y la recepción de ofertas electrónicas, su apertura, la firma de los contratos, etc., practicando lo que yo denomino la ieContratacion, es decir, la contratación pública electrónica integral. Sobre la funcionalidad de las más de quince aplicaciones que utiliza la contratación pública electrónica tienen ustedes más información en el epígrafe 5 de este estudio.

Todo el procedimiento electrónico tiene la garantía y la seguridad que le aporta la utilización de la Firma Electrónica Reconocida, con todas las ventajas que ello supone.

La mayor dificultad de cualquier modelo de contratación pública electrónica consiste en superar la problemática que gira alrededor de la oferta electrónica. En efecto, en un procedimiento de contratación –tanto sea electrónico como a papel– la inviolabilidad y la imposibilidad de modificar las ofertas –especialmente una vez abiertas– no me permite que le diga a mi licitador: «mire, hemos abierto hoy las ofertas que hemos recibido en el expediente X y la suya tenía un problema que no nos ha permitido abrirla ni conocerla; por favor, mándenos otra nueva oferta». Si a esto añadimos que, como la oferta nos ha sido enviada encriptada, no hemos podido analizar en el momento en el que la recibimos si la misma tenía un problema técnico –llámese virus informático–,

sino en el momento en el que la abrimos, las Administraciones podemos tener un problema si no hacemos las cosas bien.

Sobre las dificultades y estrategias de implantación de la licitación electrónica, no duden ustedes consultar la intervención reseñada al final del punto 1.4.

Pero, afortunadamente, la técnica nos ofrece también una solución. En determinadas condiciones, que tendremos que prever, es técnicamente factible replicar una oferta –y digo replicar, no reelaborar– de manera que la Administración tenga la garantía de que no es una nueva oferta del licitador –que puede haber sido modificada en comparación con la original–, sino de que es la misma oferta que nos fue remitida electrónicamente. Como digo, esto es técnicamente posible, espero que pronto sea también jurídicamente posible mediante la puesta en marcha del Proceso de Replica de las Ofertas[3].

1.2. HITOS DEL MVCPE

Conozcan ustedes ahora los hitos más relevantes del MVCPE, en su corta pero intensa historia:

- A lo largo del año 1999 se dan los primeros pasos para la incorporación de los medios electrónicos a la contratación administrativa del Gobierno Vasco, incluyéndose este objetivo en el «Plan Euskadi en la Sociedad de la Información 2002-2004».
- El 31 de enero de 2000 se adjudica mediante concurso público la aplicación informática para la gestión (interna) de los expedientes de contratación.
- En noviembre de 2001 el Gobierno Vasco adopta un acuerdo por el que se declara obligatoria la publicación en Internet de toda la información relativa a sus contratos públicos, que hasta ese momento se venía haciendo con carácter general, pero de manera voluntaria.
- El 10 de julio de 2003 el Gobierno Vasco aprueba el Plan Director de Implantación del Modelo (entonces todavía Proyecto) de Contratación Pública Electrónica del Gobierno Vasco.
- El 16 de agosto de 2004 el Departamento de Hacienda y Administración Pública del Gobierno Vasco publica la Orden núm. 4673,

3. Desgraciadamente, hoy en día no es más que un futurible, a pesar de su indudable interés.

sobre «tramitación telemática de determinados procedimientos y actuaciones previstas en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas», que constituyó la primera referencia legal de la regulación de la Contratación Pública Electrónica en todo el estado y que ha servido de guía para otras Administraciones.

- El 19 de octubre 2005 se realiza la primera apertura de ofertas electrónicas que se ha producido en todo el Estado.
- El 8 de mayo de 2007, el Servicio Vasco de Salud-Osakidetza, utilizando el MVCPE, activa su primera licitación electrónica para la contratación de fármacos, convirtiéndose en la primera organización del sector sanitario que ejecuta procesos de contratación pública electrónica en el Estado.
- El 1 de octubre de 2007 se recibe la primera oferta electrónica que incorpora avales digitales como medio de presentación de garantías provisionales en la contratación administrativa.
- El 19 de octubre de 2007 se recibe la primera oferta electrónica en un expediente de contratación de obras.
- El 5 de junio de 2008 el Gobierno Vasco lanza el primer expediente de contratación obligatoriamente electrónico, en un expediente de su Sociedad Informática (EJIE).

1.3. ALGUNOS DATOS DEL MVCPE

Los datos de principios del 2009[4], con 150 millones de euros acumulados, contratados en expedientes en los que se han admitido ofertas electrónicas conviviendo con las ofertas a papel, nos revelan que en el 46% de los expedientes el Gobierno Vasco recibió ofertas electrónicas, y que éstas representan el 33% del total de las ofertas recibidas en esos expedientes.

No podemos olvidar que hasta la última modificación de la ley de contratos[5] por la que nos regimos, no era posible obligar a las empresas a licitar por medios electrónicos[6] –al menos en la Administración stricto sensu–, por lo que, a pesar de los esfuerzos del Gobierno Vasco, la mayoría de las empresas han optado por licitar por medios tradicionales o a

4. Últimos datos disponibles.
5. Me estoy refiriendo a la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.
6. Con la actual normativa sí que es posible en determinadas condiciones, y así lo he puesto de manifiesto en alguno de los artículos que he escrito.

papel, lo que demuestra la dificultad del reto[7]. Además, desde el inicio de la puesta en marcha del MVCPE la legislación de contratos ha sufrido diferentes e importantes modificaciones, lo que en ha ralentizado y dificultado la implantación de la contratación pública electrónica, puesto que ha habido que adecuar los procedimientos informáticos a los cambios normativos.

El MVCPE no está totalmente implantado; queda mucho por hacer, pero los resultados son razonablemente satisfactorios. Una encuesta de satisfacción que hizo el Gobierno Vasco en Julio de 2008 entre sus licitadores arrojó los siguientes datos:

- El 78% de ellos valora el sistema de licitación electrónica como bueno o muy bueno.
- El 87% no indican haber tenido problemas al licitar electrónicamente.
- El 100% de las personas volvería a licitar electrónicamente.
- El 70% califican la formación que ofrece el Gobierno Vasco como buena o muy buena.
- Aunque el 67% de los encuestados no ha realizado licitaciones de prueba, el 62% de los que sí lo han hecho califica el sistema de prueba como bueno.
- El 80% de las personas que han utilizado el centro de atención a usuarios de la contratación pública electrónica valora el servicio como bueno o muy bueno.



El MVCPE ha recibido diversos reconocimientos, entre ellos el Good Practice Label 2007 que otorga la Comisión Europea o el premio

7. Sobre la gestión del cambio haré alguna otra reflexión en epígrafes posteriores.

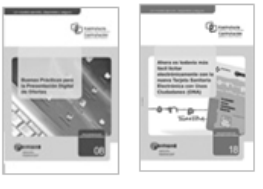
TECNIMAP 2004 que otorga el Ministerio de Administraciones Públicas a las mejores iniciativas de administración electrónica.



1.4. ABUNDANTE DOCUMENTACIÓN A SU SERVICIO

Este estudio que tienen ustedes en sus manos no es más que una parte de la información que sobre el MVCPE disponen ustedes[8].

La secretaría técnica del MVCPE elabora continuamente material formativo que se pone a disposición de todos los interesados en la Web de contratación del Gobierno Vasco *www.contratacion.info* o *www.contratacion.euskadi.net*. En la actualidad hay 25 catálogos explicativos concebidos con un objetivo muy didáctico. En ellos pueden ustedes conocer, por ejemplo, cuales son los requerimientos técnicos para realizar la primera licitación electrónica (en el núm. 4), cuales son las buenas prácticas para la presentación digital do ofertas (en el núm. 8) o la forma de presentación de fianzas digitales (en el núm. 16)



Otro material de gran interés son los 24 videos que también pueden ustedes consultar libremente. A fecha de hoy, las descargas de estos videos, disponibles también en «Youtube», y relativos a la formación en contratación pública electrónica que ha desarrollado el Gobierno Vasco, superaban las 21.000.



8. Esta, y en general todas las imágenes que contiene este estudio, han sido obtenidas de la web de contratación pública electrónica del Gobierno Vasco, dado por una parte su interés y, por otra, la decidida apuesta de la misma por ofrecer y compartir todos sus conocimientos.

También se ha elaborado 20 presentaciones tipo flash –elementos de formación on-line–, a modo de pequeñas demostraciones, junto con diverso material más a su disposición.



Por último, se han elaborado 14 números de una revista que da noticias sobre los avances del MVCPE, para que las empresas y los funcionarios conozcan que esa actividad tiene «pulso», que está «viva» y no es simplemente una mejor o peor ocurrencia que luego quedó en el olvido.



Además de otros artículos que he escrito sobre la temática de la firma y la contratación pública electrónica, y especialmente el libro «Claves para una contratación pública eficaz» que acabo de publicar con la Editorial La LEY, puede ser de su interés el contenido de la comparecencia que tuve la oportunidad de realizar ante la Comisión de Administraciones Públicas del Congreso de los Diputados durante la tramitación del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público que lo estaba tramitando, y en la que ante sus señorías tuve la ocasión de ofrecerles mi visión al respecto y proponerles diversas alternativas. Si tienen ustedes interés en conocer el contenido completo de mi comparecencia lo pueden hacer en la página Web del Congreso, a través del enlace *http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO_748.PDF#page=37*.

2. PRINCIPIOS ESTRATÉGICOS DEL MODELO

El primer objetivo del MVCPE es que el mismo no tenga coste al-

guno para las empresas licitadoras –las Directivas de la Unión Europea, en este mismo sentido, obligan a que la introducción de la contratación pública electrónica no suponga un sobrecoste para las empresas licitadoras–.

También creo que es de su interés conocer que a lo largo del año 2004, la Comisión Europea elaboró un estudio sobre los 21 Sistemas de contratación pública electrónica más relevantes existentes en la Unión Europea, entre ellos el MVCPE, elaborando una lista de las «44 prácticas de eContratación interesantes».

De entre todas las analizadas en el citado estudio, examinaremos –siquiera las enunciaremos– a continuación las 38 más interesantes, distinguiendo las que el MVCPE ha adoptado en mayor o menor medida (punto 2.1) y constituyen, por lo tanto, parte fundamental de sus objetivos estratégicos, las que siendo interesantes no se han podido adoptar por falta de tiempo o por su costo –aunque se puedan adoptar en el futuro– (punto 2.2) y, por último, las que opino que no se pueden implantar por problemas jurídicos en legislaciones como la nuestra, o porque no las considero de interés (punto 2.3).

2.1. RECOMENDACIONES IMPLANTADAS

- Establecer un plan transparente de relaciones de contratación.
- Planificar la imprescindible gestión del cambio necesaria para implantar la contratación pública electrónica.
- Desarrollar un programa de adopción de la contratación pública electrónica por los proveedores.
- Utilizar mensajes electrónicos para automatizar la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. El Gobierno Vasco es la primera Administración pública que fue reconocida por dicho DOUE como OJSender («enviador automático de anuncios»).
- Asegurar la confidencialidad de la notificación (y de la oferta) al utilizar el correo electrónico.
- Integrar el sistema de contratación pública electrónica con el resto de los aplicativos de la Administración.
- Utilizar mecanismos para encriptar y bloquear las ofertas presentadas.
- Prestar asistencia a los proveedores durante la presentación de ofertas mediante un interfaz amistoso para el usuario.

- Apertura de ofertas en fases según el tipo de documentación de la oferta.
- Aplicación del principio de los cuatro ojos (dos funcionarios necesarios para conocer las ofertas).
- Permitir a los proveedores preparar partes de las ofertas off-line.
- Utilización del protocolo ssl para garantizar un nivel mínimo de seguridad de las comunicaciones.
- Dar seguridad a la comunicación entre los sistemas de contratación pública electrónica y otros sistemas externos.
- Adaptar registros procedentes de diferentes módulos y utilizar un registro unificado de sucesos.
- Análisis estadístico avanzado de los datos de contratación pública electrónica.
- Soporte en múltiples idiomas y parametrización de la aplicación.
- Soportar todos los estándares de documentos electrónicos más ampliamente utilizados.
- Gestión del flujo de trabajo para ayudar a la preparación de la documentación de petición de ofertas.
- Proporcionar soporte legal a las organizaciones participantes.
- Organizar sesiones de formación que simulen el entorno real del concurso.
- Ofrecer servicios de consultoría a las autoridades contratantes.
- Adaptar (¿ampliar?) el plazo de presentación de ofertas debido a problemas de capacidad de volumen.

2.2. RECOMENDACIONES POR IMPLANTAR

- Realizar un análisis de la rentabilidad de las inversiones para conocer las ventajas económicas generadas por la contratación pública electrónica.
- Notificación con sms como un mecanismo de alerta.
- En el caso de procedimientos restringidos, realizar la calificación previa de proveedores a preseleccionar mediante un cuestionario automático.
- En las eSubastas, permitir presentar ofertas mediante formularios electrónicos automatizados.

- Configurar las eSubastas según la naturaleza de la compra.
- Integración con sistemas financieros.
- Garantizar la calidad de los catálogos electrónicos de los proveedores.
- Definir el nivel de servicios con los proveedores de tecnología.

2.3. RECOMENDACIONES NO INTERESANTES

- En la notificación, hacer corresponder el perfil de los proveedores a las oportunidades de negocios.
- Ofrecer múltiples métodos de presentación de ofertas.
- Moderar la función de preguntas y respuestas frecuentes para asegurar la confidencialidad.
- Posibilitar la actualización de las ofertas –o solicitudes de participación– (siempre que no haya expirado el plazo de presentación).
- Transformar los criterios no relacionados con los precios en valores monetarios.
- Permitir a los proveedores presentar parte de la documentación en formato no electrónico.
- Uso limitado de las firmas electrónicas (sólo para actividades críticas).
- Comprobación de las ofertas en el momento de la entrega para ver si tienen virus.

3. BENEFICIOS OBTENIDOS DE LA IMPLANTACIÓN DEL MODELO

Sobre el interés que supone la implantación de la contratación pública electrónica en una Administración pública no me voy a extender mucho, pero no me resisto a ofrecer algunos datos.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), define muy claramente este interés, al señalar que "la práctica de la contratación electrónica podría aportar muchas ventajas, como…

- una relación precio-calidad más favorable gracias a una mayor competencia en un mercado de proveedores más amplio,
- Una mejor información a los proveedores y técnicas más competitivas,

• el ahorro de tiempo y de costos,

• una mejor administración de los contratos adjudicados y,

• gracias a la posibilidad de ejercer una vigilancia más estricta y de disminuir los contactos directos entre proveedores y entidades adjudicadoras, un mayor cumplimiento de las normas y políticas pertinentes y menos corrupción y abusos.

• Además, la contratación electrónica ofrece valiosas posibilidades de aumentar la transparencia del proceso en sí y la confianza del público en él "…

..." También es evidente que la contratación electrónica puede utilizarse en todas las etapas del ciclo de contratación pública y que sus ventajas podrían abarcar otros ámbitos, ya que podría generar valiosas sinergias con otras políticas internas. Por ejemplo, la contratación electrónica puede estimular una capacidad de oferta local más competitiva al acelerar la adopción de prácticas modernas de contratación pública por el sector privado y fomentar la normalización».

No menos relevante es la opinión del Banco Mundial y de los Bancos Multilaterales de Desarrollo sobre la contratación pública electrónica. En su portal de Internet dedicado en exclusiva a la contratación electrónica – *http://www.mdb-egp.org/index.aspx?PageId=home&Language=ES*–, reconocen que «el uso de medios electrónicos en las adquisiciones gubernamentales ("Electronic Government Procurement" o e-GP) ha sido identificado como una herramienta al servicio de los gobiernos para mejorar sus procesos y lograr mayor transparencia, eficiencia y desarrollo económico a través de una mejor penetración de mercado e incrementos en la inversión».

Ellos mismos crearon a comienzos del año 2003 un grupo de trabajo en adquisiciones por medios electrónicos (e-GP) que ha desarrollado una herramienta puesta gratuitamente a disposición del que lo desee, destinada a ayudar a los gobiernos en…

• El desarrollo de una base institucional que guíe el proceso.

• La preparación de un diagnóstico de su situación en adquisiciones en la actualidad.

• La elaboración de un plan estratégico.

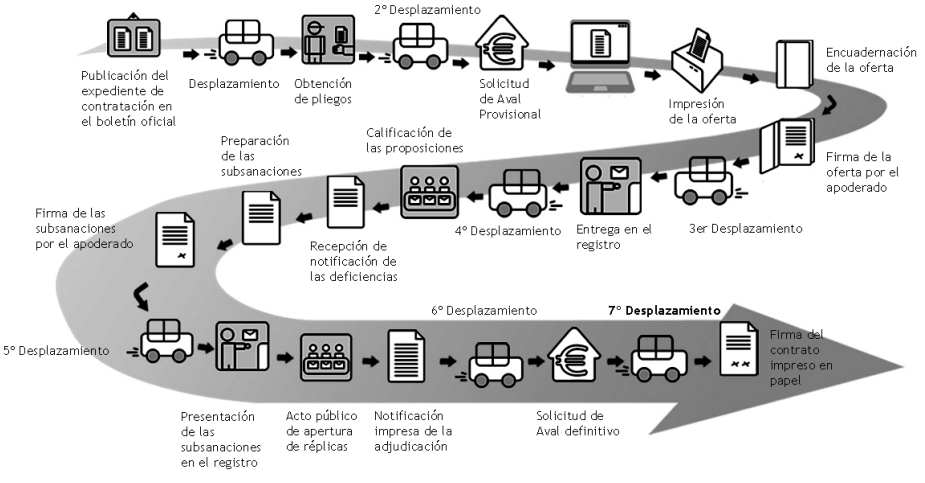
• Ayudarles a entender la importancia de elegir los estándares correctos.

• Elaborar un mapa de ruta para la implementación de un medio electrónico en el proceso de adquisiciones.

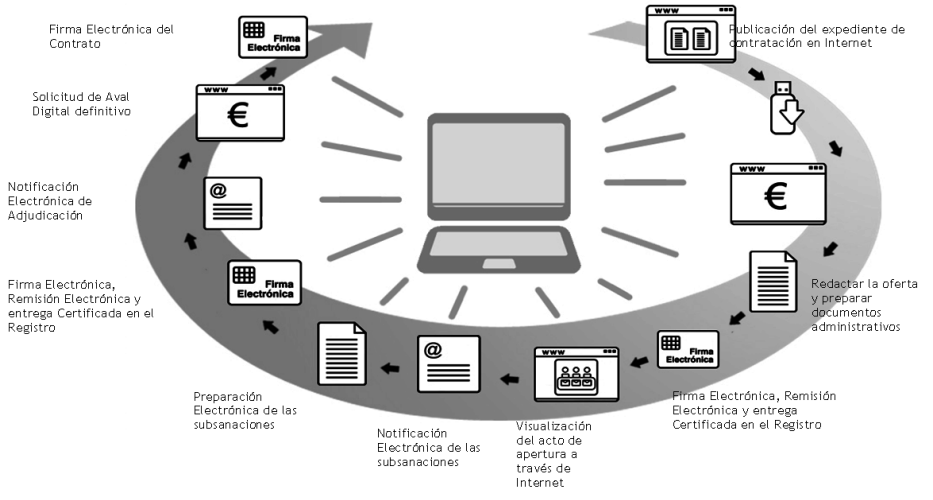
Por su parte, la Unión Europea ha opinado, a través de sus instrumentos jurídicos más relevantes en la materia –las Directivas 17 y 18/

2004–, que la utilización de las técnicas electrónicas en la contratación pública –textualmente– «amplían la competencia, ahorran tiempo y dinero, y, por lo tanto, suponen la forma óptima de gastar recursos públicos». Más claro no lo podían haber dicho y, en consecuencia, la Comisión Europea ha puesto en marcha una unidad dentro de ella, cuyo cometido es el impulso de la contratación pública electrónica en todas las Administraciones de la Unión Europea.

Con la implantación de la contratación pública electrónica, posibilitaremos un cambio que nos hace pasar de esta compleja –algunos la calificarían de caótica– situación...



… a esta otra en la que nada ni nadie tiene que desplazarse innecesariamente varias veces (hasta 7) a lo largo de cada procedimiento de contratación pública…



Respecto a las mejoras económicas obtenidas por la implantación de la contratación pública electrónica sólo dos datos: los 19.000 millones de euros que la Comisión Europea piensa que se hubiesen ahorrado los distintos intervinientes en los procesos de contratación pública sí en el año 2002 se hubiesen realizado todas sus contrataciones por medios electrónicos y el 2% del PIB de ahorro que estima el Gobierno de Costa Rica supondrá si incrementa su eficacia en sus compras públicas utilizando esos medios electrónicos.

Ello no obstante, inicialmente –durante mucho tiempo– las Administraciones públicas tendrán que dedicar bastante dinero al desarrollo de sus modelos de contratación pública electrónica y a su implantación, ¿pero qué inversión no exige un desembolso de dinero para obtener una rentabilidad en el futuro? Además, la rentabilidad que han de buscar las Administraciones públicas no se miden exclusivamente en euros.

4. NO TODO SERÁ UN CAMINO DE ROSAS

¿Saben ustedes que según el informe «The hidden threat to eGovernment», elaborado por la OCDE, solamente el 28 por ciento de los proyectos de administración electrónica[9] logran desarrollarse de acuerdo con el presupuestos previsto, el plan trazado y en el tiempo planificado, y un 23 por ciento de ellos fracasan estrepitosamente?

9. No digamos nada de los de contratación pública electrónica, cuyos resultados serán, sin duda, peores.

¿Y saben ustedes cuál es la causa principal de tan pobres resultados? Algunos, la mayoría de ustedes, pensarán que se deberá a lo adecuado o inadecuado de los programas informáticos puesto en marcha. Sin embargo, aunque esto lógicamente influya, la causa principal de los fracasos es la puesta en marcha de este tipo de iniciativas sin la convicción de la necesidad de impulsarlas decididamente, dar formación, información, ofrecer soporte permanente, etcétera.

¿Y en qué medida han de hacerlo las Administraciones públicas? Los resultados del informe son rotundos: Por cada dólar de inversión en desarrollo de los aplicativos, se deben de gastar 9 –sí, han leído ustedes bien, nueve– dólares en impulsar, formar, dar soporte, etcétera.

4.1. LA GESTIÓN DEL CAMBIO

En una tarea como ésta es capital evitar una inadecuada –no digamos nada si es inexistente– gestión del cambio. Una puesta en marcha razonable de la contratación pública electrónica no se hará nunca «por decreto», por que lo diga tal o cual norma. Ello, obviamente es condición imprescindible, pero no suficiente. Si una Administración se limita a elaborar y aprobar normas en este sentido el fracaso está servido.

Cualquier cambio requiere de una estrategia de gestión del mismo, pero en el caso de la contratación pública electrónica hay, al menos, cuatro razones que refuerzan su necesidad:

a) Primero, el cambio que se ha de producir es de gran alcance,

b) Segundo, la Administración lleva gestionando la contratación de la misma manera, desde «siempre»,

c) Tercero, los principales actores internos de la contratación administrativa son abogados, no tienen necesariamente una formación en las aéreas de nuevas tecnologías, y, por lo tanto, no es, a priori, el colectivo más proclive a la modernización y a los cambios[10],

d) y, cuarto, los procedimientos de contratación son muy delicados, porque se actúa sobre contratos, y, por lo tanto, sobre dinero público.

Para minimizar, por lo tanto, los efectos del cambio, hay que plani-

10. Espero que me disculpen por esta afirmación tan general como osada, porque hay abogados que han contribuido y contribuyen como el que más a su desarrollo e impulso.

ficar toda una serie de medidas encaminadas a difundir, formar y dar soporte permanente tanto a la propia organización de la Administración como a los empresarios que contratan con la misma. El éxito que se consiga con el modelo será directamente proporcional al esfuerzo, de todo tipo, que se desarrolle en su implantación. Veamos a continuación algunas de las medidas imprescindibles.

4.2. EL CENTRO DE SOPORTE A LOS USUARIOS

Como así se desprende tanto del análisis de las mejores prácticas internacionales en la materia, como del propio sentido común, el despliegue de un modelo de contratación pública electrónica ha de ir acompañado por la existencia de un centro de soporte multicanal a los usuarios internos y externos.

Este centro de soporte, que podrá ser propio de la contratación pública electrónica o compartido con otras funciones de soporte a otras prestaciones digitales –o mixto, lo que será posiblemente la mejor solución–, se debe de mantener a lo largo de un muy largo período de tiempo, y no solamente en el período de lanzamiento del modelo.

Por otra parte, se han de tener en cuenta que los canales de acceso disponibles para el despliegue de las funciones digitales de contratación pública electrónica serán múltiples y habrán de cohabitar, pudiendo destacarse los siguientes:

a) Internet.

b) El correo electrónico.

c) El teléfono.

d) El teléfono móvil.

e) Los sistemas postales tradicionales.

El Gobierno Vasco fue consciente de esta necesidad desde el principio, y, junto con el inicio de la implantación del MVCPE puso en marcha un centro especializado de atención a los usuarios de la contratación pública electrónica. Por ejemplo, en el año 2008 este centro atendió, gratuitamente, por supuesto, 752 incidencias, con un significativo incremento del 34,5% respecto al año anterior.

4.3. LA FORMACIÓN

Las Administraciones públicas que quieran implantar modelos de contratación pública electrónica tienen que desarrollar esfuerzos para

ofrecer todo tipo de formación, tanto externa como interna, todas las veces que haga falta, sin desfallecer…

Veamos algunos resultados del MVCPE.

4.3.1. Formación presencial

a) Jornadas de difusión.

Son actos de sensibilización que pretenden ser «masivos, en los que se pone en conocimiento de las empresas la existencia del MVCPE. Se les explica sus ventajas, se responde a sus dudas y se hace llegar a su ánimo el interés del Gobierno Vasco en que adopten los medios electrónicos para licitar en sus contrataciones. También se les hace ver así la irreversibilidad en la cada vez más extendida utilización de estas técnicas en las Administraciones públicas. Sutilmente se les hace llegar el mensaje de que se vayan preparando, de que es mejor que empiecen antes que después. ¡Que no sea porque nadie les ha avisado!



Hasta el año 2008[11] el Gobierno Vasco ha realizado 27 jornadas de difusión, con una asistencia de 1.324 personas de 1.100 empresas diferentes.

b) Formación especializada para empresas.

En estos cursos impartidos en diferentes ciudades, mucho más específicos que las jornadas de difusión, el Gobierno Vasco forma gratuitamente a las empresas en los aplicativos concretos necesarios para licitar electrónicamente, asistiéndoles, además, en licitaciones de prueba que se ponen a su disposición para que practiquen.

Hasta el año 2008 se han impartido 110 cursos a los que han asistido 1.019 personas de 529 empresas diferentes.

c) Formación interna para funcionarios

Es una formación todavía más extensa y especializada que la anterior, y está dirigida a funcionarios del propio Gobierno Vasco y de otras Administraciones e instituciones públicas. En el período 2006-2007 se han impartido un total de 32 cursos para el personal que tramita expe-

11. Últimos datos disponibles.

dientes de contratación, con una asistencia 200 personas, y otros 12 cursos destinados al personal que luego da soporte a los usuarios, con otras 56 personas formadas.

4.3.2. Formación no presencial

a) Material formativo y de difusión.

Al final del epígrafe 1 tienen ustedes un resumen de los materiales de soporte que se han elaborado. A ellos les remito.

5. COMPONENTES APLICATIVOS DE LA ARQUITECTURA DEL MODELO

Un modelo de contratación pública electrónica ha de abarcar toda la actividad contractual de la Administración. Esta actividad es cierto que es muy compleja, pero si se trata en su globalidad es la única manera en la que se podrá aprovechar las sinergias que un procedimiento digital puede ofrecer, rentabilizando así los costes y esfuerzos que sin duda un proyecto de estas características ha de suponer.

Desde mi punto de vista es necesario que el modelo que diseñemos sea modular. Modular significa que cada uno de las partes (aplicativos) que lo compongan sean elementos autónomos en sí mismo, con una «vida» y unas funcionalidades independientes de las del resto. Con este planteamiento conseguiremos tres ventajas:

a) En primer lugar, podremos adaptar cada uno de los módulos a las soluciones específicas de cada necesidad a satisfacer.

b) En segundo lugar, podremos llevar un diferente ritmo de implantación de cada módulo.

c) Por último, si damos por bueno el planteamiento alternativo al que yo defiendo y pretendemos hacer una macro aplicación que dé solución a todas las necesidades de la contratación administrativa –con lo compleja que es– no llegaremos nunca a nuestro destino. La «depresión» por la frustración está garantizada.

Dicho esto, y como complemento absolutamente indispensable al carácter modular del modelo, entendiéndolo incluso como si fuera la otra cara de la misma moneda, cualquier modelo de contratación pública electrónica que quiera obtener resultados razonables ha de tener dichos módulos perfectamente interconectados entre sí, con la información fluyendo entre ellos de tal manera que los datos no se duplique, sino que se obtengan del módulo que los tenga.

Los módulos serán, por lo tanto, independientes, pero interconectados, conformando un sistema único de información.

Veamos ahora los aplicativos informáticos principales que tiene el Modelo Vasco de Contratación Pública Electrónica:

5.1. PROPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA

5.1.1. Aplicación de gestión de expedientes de contratación

Para cualquier sistema de información que pretenda informatizar la contratación administrativa, la aplicación de gestión de expedientes constituye la aplicación troncal del sistema, ya que de ella se alimentan la mayoría del resto de aplicaciones del sistema, y es la que marca el tiempo de la contratación.

Por otra parte, no podemos olvidar que la contratación administrativa, en mayor medida incluso que el resto de los expedientes administrativos, es un elemento cambiante en el tiempo, y lo que se necesita es que las diferentes aplicaciones reflejen la situación real de cada momento.

Las funcionalidades de una aplicación de este tenor deben incluir:

a) Todos los supuestos previstos por la Ley.

b) La mecanización de todas las fases del expediente.

c) La gestión de todas las posibles incidencias.

d) Funcionalidades de producción automática de documentos.

5.1.2. Registro delicitadores o contratistas

Siendo necesaria en la contratación administrativa la comprobación FEHACIENTE de determinados documentos para poder admitir una oferta, esta aplicación sirve de alguna manera del necesario «filtro de acceso» a la contratación pública electrónica. Esta situación dificulta la implantación de una contratación pública electrónica «masiva» –no digamos ya obligatoria, que es el ideal–. Pienso que esta actualmente necesaria función de filtro de acceso ha de cambiar en el futuro.

5.1.3. Clasificación de empresas

En nuestra legislación, para poder presentarse a la mayoría de las licitaciones de la Administración pública, es necesario tener determinada clasificación empresarial.

5.1.4. Web de registro y clasificación de empresas

Facilita la consulta sobre los contratistas inscritos en el Registro de Licitadores o Contratistas y en la clasificación de las empresas, por parte tanto de la propia Administración como de aquéllos.

5.1.5. Registro de contratos

Recoge información sobre los contratos de la Administración. Puede hacerse independientemente de la aplicación de gestión de expedientes de contratación, o como una parte de la misma.

5.1.6. Sistema de licitación electrónica

Es la aplicación estrella de la contratación pública electrónica ya que no tiene sentido un modelo de contratación pública electrónica si no permitimos el envío, mediante firma electrónica reconocida de las ofertas de los concursantes. El sistema garantiza, por lo tanto, la confidencialidad de las ofertas.

5.1.7. Web informativa a licitadores. El perfil de contratante

En nuestra legislación, el perfil de contratante, regulado en el art. 42 de la Ley de Contratos del Sector Público, es un conjunto de informaciones que sobre la acción contractual de las diferentes Administraciones se quiere poner a disposición de los posibles interesados –especialmente los licitadores– mediante un acceso a través de Internet, con el objetivo de asegurar la transparencia de la actividad contractual. Su existencia –con la denominación de perfil de comprador–, está prevista en los Capítulos VI (Normas de Publicidad y de Transparencia) de las Directivas europeas de contratación, la 2004/18/CE y la 2004/17/CE.

Es obligatorio para TODOS los órganos de contratación publicar su perfil de contratante a través de Internet.

El perfil de contratante puede incluir:

a) Los anuncios de información previa.

b) Las licitaciones en curso y su documentación.

c) Las contrataciones programadas.

d) Los procedimientos anulados.

e) Los contratos adjudicados.

f) La forma de comunicarse con el órgano de contratación.

g) Cualquier otro dato e información de interés para la actividad contractual.

… y deberá obligatoriamente incluir:

h) Los anuncios de licitación de todos los contratos cuya publicación sea obligatoria.

i) Las adjudicaciones.

j) Las formalizaciones de los contratos.

k) Otros aspectos[12].

… incluyendo informaciones también de los Poderes Adjudicadores que no tengan el carácter de Administración pública.

5.1.8. Aplicación de gestión de compra y almacenes

Sirve para gestionar las solicitudes de material homologado o de compra por catálogo, realizando el control presupuestario, la gestión de los diferentes almacenes, pedidos, facturas, etcétera.

5.1.9. Web de proveedores

Es la parte externa de la aplicación anterior y con ella el Gobierno Vasco se puede relacionar telemáticamente con los proveedores homologados.

5.1.10. Centro de soporte a usuarios

Existe una aplicación que gestiona un centro especializado en materia de contratación pública electrónica para dar soporte y atención a usuarios de la misma, tanto internos como externos, pero no sólo durante la implantación del mismo, sino con carácter de permanencia.

5.1.11. Gestión de las alertas tempranas

Verán ustedes un análisis de las alertas tempranas más adelante.

---

12. En concreto, es obligatoria la publicidad en el perfil de contratante de los acuerdos marco celebrados –de acuerdo con lo previsto en el artículo 181.2 LCSP–, de las resoluciones por las que se desestima una solicitud de nulidad de una contratación interpuesta en virtud del nuevo recurso especial en materia de contratación administrativa –de acuerdo con lo previsto en la nueva redacción del artículo 38.2 de la LCSP que ha introducido la Ley 34/2010–, y de la composición de las mesas de contratación y de los comités de expertos –de acuerdo con lo previsto en los artículos 21.4 y 29 del Real Decreto 817/2009 de desarrollo parcial de la LCSP, respectivamente–.

5.2. COMUNES A LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA GENERAL

5.2.1. Certificación, tarjeta y firma electrónica reconocida

La autoridad de certificación de las Administraciones Vascas, IZENPE, proporciona servicios de certificación y firma electrónica reconocida al conjunto del MVCPE.

5.2.2. Servicio horizontal de notificación electrónica

El Gobierno Vasco realiza notificación electrónica de todo tipo de documentos, incluidos aquellos que necesitan constancia fehaciente de su recepción a efectos de plazos de recurso, etc. Actualmente es voluntaria su aceptación, pero en un futuro próximo será obligatoria para los expedientes de contratación.

5.2.3. Anotación automática en el libro de entradas y salidas de los documentos que se reciben y que se envían

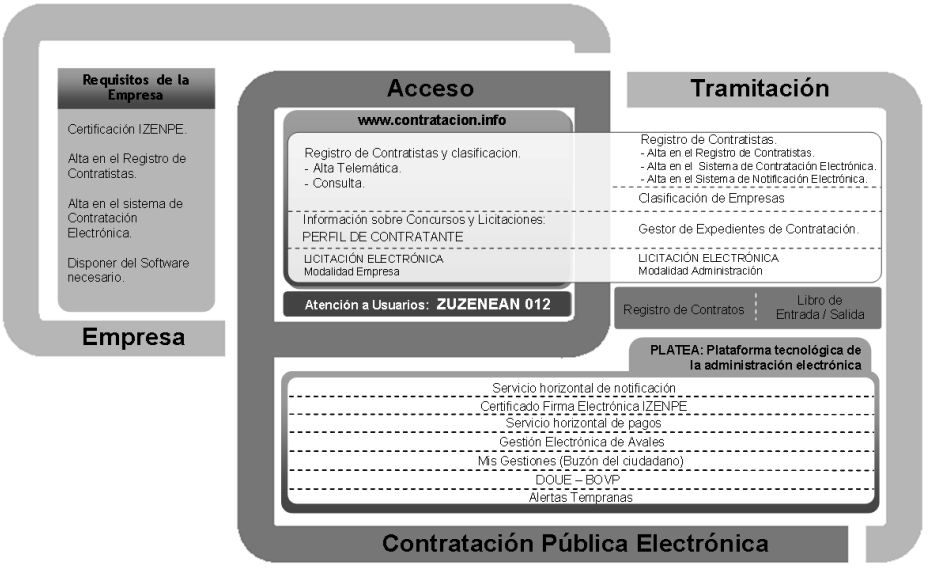
5.2.4. Mis gestiones. ¿Cómo está lo mío?

Repositorio de información de diversos expedientes de la Administración, entre ellos los de contratación administrativa. Posibilita a los interesados su consulta a través de Internet. Su acceso es restringido y personalizado para las empresas o personas que tienen el carácter de interesados, únicamente a sus expedientes, y accediendo al mismo mediante autenticación con certificado de firma electrónica reconocida.

5.2.5. Otros

Dentro de este epígrafe se pueden incluir las aplicaciones de gestión de envío de anuncios a los diferentes boletines oficiales, la gestión electrónica de las garantías (avales) provisionales y definitivas, el servicio horizontal de pagos, la relación con las contabilidades presupuestaria y patrimonial, etcétera.

El esquema relacional básico del MVCPE es el siguiente:



6. EL CONCEPTO DE «ALERTA TEMPRANA»

En los períodos de lanzamiento y puesta en funcionamiento de un modelo de contratación pública electrónica –durante mucho tiempo, hasta que las empresas se acostumbren a licitar electrónicamente, lo que no es fácil ni rápido–, para obtener unos dignos resultados en las licitaciones electrónicas lanzadas «al mercado» es necesario avisar con suficiente antelación a las empresas, para que éstas puedan conocer las condiciones técnico-administrativas para poder licitar electrónicamente, cumplimentarlas, formarse y practicar.

El MVCPE lanza las alertas tempranas con una antelación media de 30 a 45 días a la publicación del expediente de contratación en los boletines oficiales –sobre todo si no se publica en el Diario Oficial de la Unión Europea, y por lo tanto el plazo de presentación de ofertas no es tan dilatado–, es decir, se lanza en cuanto se conforma por parte de la Administración la intención de realizar esa concreta contratación por medios electrónicos, aunque todavía no se hayan cerrado todas las circunstancias que luego se concretarán en los pliegos de prescripciones técnicas y administrativas.

Es, por lo tanto, una mera declaración de intenciones, mucho más

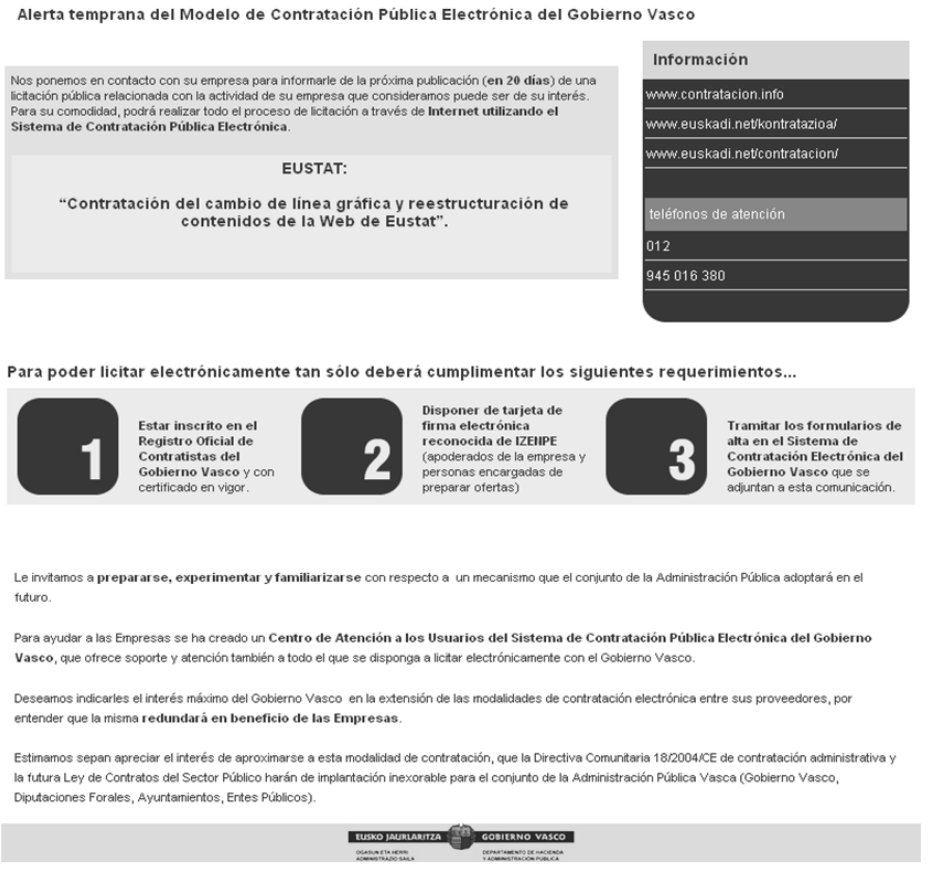
indeterminada que el anuncio de licitación, pero que se publicita antes por todos los medios razonablemente posibles, mediante:

- Su publicación en la página Web de la contratación administrativa del Gobierno Vasco: *www.contratacion.info* o *www.euskadi.net/contratacion*.
- La remisión a las empresas inscritas en el Registro de Contratistas del Gobierno Vasco y a las empresas que no estando inscritas, tradicionalmente han ofertado a ese tipo de expedientes.
- La difusión a través de empresas especializadas en la comunicación de las contrataciones que van a realizar las Administraciones públicas.

La «Alerta Temprana» tiene el propósito de movilizar a los posibles licitadores para que procedan a:

- Asistir a la sesión informativa que, sobre el MVCPE, el Gobierno Vasco ofrece, en su caso, a las empresas potencialmente interesadas en el expediente de contratación.
- Efectuar los preparativos administrativos y técnicos para poder participar en la contratación pública electrónica.
- Obtener la certificación digital para poder firmar electrónicamente las ofertas que remitirán al Gobierno Vasco, en el caso de que no la tengan.
- Familiarizarse con la aplicación de licitación electrónica.
- Adoptar un estado de ánimo favorable a la licitación electrónica, o al menos de «resignación» ante la misma.

A modo de ejemplo pueden ustedes ver una alerta temprana de las enviadas.



Alerta temprana del Modelo de Contratación Pública Electrónica del Gobierno Vasco

Nos ponemos en contacto con su empresa para informarle de la próxima publicación (**en 20 días**) de una licitación pública relacionada con la actividad de su empresa que consideramos puede ser de su interés. Para su comodidad, podrá realizar todo el proceso de licitación a través de **Internet utilizando el Sistema de Contratación Pública Electrónica**.

EUSTAT:

"Contratación del cambio de línea gráfica y reestructuración de contenidos de la Web de Eustat".

Información

www.contratacion.info

www.euskadi.net/kontratazioa/

www.euskadi.net/contratacion/

teléfonos de atención

012

945 016 380

Para poder licitar electrónicamente tan sólo deberá cumplimentar los siguientes requerimientos...

1 **Estar inscrito en el Registro Oficial de Contratistas del Gobierno Vasco** y con certificado en vigor.

2 **Disponer de tarjeta de firma electrónica reconocida de IZENPE** (apoderados de la empresa y personas encargadas de preparar ofertas)

3 **Tramitar los formularios de alta en el Sistema de Contratación Electrónica del Gobierno Vasco** que se adjuntan a esta comunicación.

Le invitamos a **prepararse, experimentar y familiarizarse** con respecto a un mecanismo que el conjunto de la Administración Pública adoptará en el futuro.

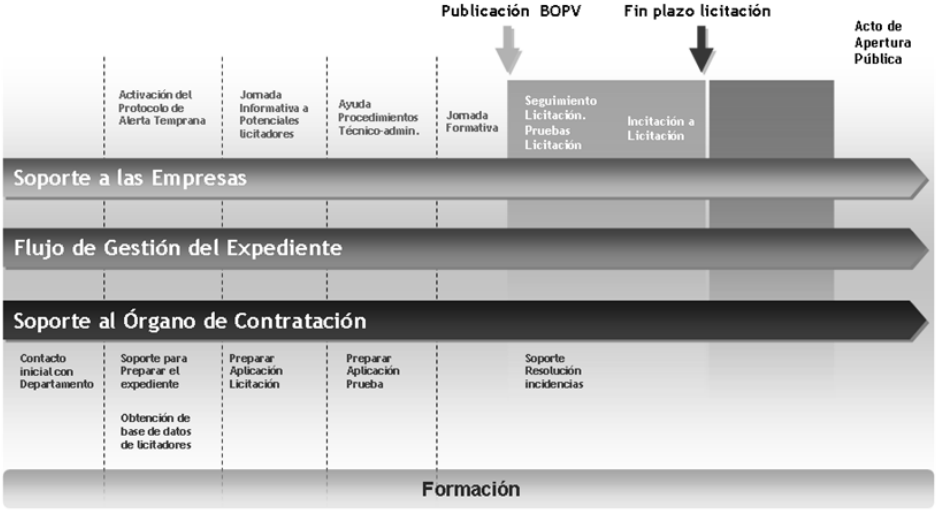
Para ayudar a las Empresas se ha creado un **Centro de Atención a los Usuarios del Sistema de Contratación Pública Electrónica del Gobierno Vasco**, que ofrece soporte y atención también a todo el que se disponga a licitar electrónicamente con el Gobierno Vasco.

Deseamos indicarles el interés máximo del Gobierno Vasco en la extensión de las modalidades de contratación electrónica entre sus proveedores, por entender que la misma **redundará en beneficio de las Empresas**.

Estimamos sepan apreciar el interés de aproximarse a esta modalidad de contratación, que la Directiva Comunitaria 18/2004/CE de contratación administrativa y la futura Ley de Contratos del Sector Público harán de implantación inexorable para el conjunto de la Administración Pública Vasca (Gobierno Vasco, Diputaciones Forales, Ayuntamientos, Entes Públicos).

EUSKO JAURLARITZA GOBIERNO VASCO

Aquí pueden ustedes conocer cuál es el esquema de trabajo derivado de la activación de alertas tempranas en la fase piloto de puesta en marcha de las licitaciones electrónicas en cada una de las unidades administrativas en las que se ha ido implantando, paulatinamente, el MVCPE y a las que se les ha dado soporte:



7. LICITACIONES DE PRUEBA A DISPOSICIÓN DE LAS EMPRESAS

Hay un dicho muy conocido que dice que «los experimentos con gaseosa». Por lo tanto no se puede –ni se debe– pretender que, por mucha formación teórica que hayan recibido, los licitadores se «enfrenten» en directo y por primera vez ante un sistema de licitación electrónica en un expediente en el que se juegan la posibilidad de ser adjudicatarios, justo un momento antes de que se acabe el plazo de presentación de ofertas.

A *sensu contrario*, es de gran interés la puesta a disposición de licitadores de expedientes de prueba, con la misma estructura y con las mismas condiciones tecnológicas que luego se van a encontrar cuando liciten electrónicamente de verdad, con el fin de que practiquen, pongan a punto sus ordenadores y pierdan el miedo a «la primera vez». En el período 2005-2008 el Gobierno Vasco ha creado más de 600 expedientes de prueba con estos fines.

Sobre las licitaciones de prueba disponen ustedes del catálogo número 9.



En conclusión:

EL MODELO VASCO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA SE PUEDE DEFINIR COMO…

- **Novedoso y ambicioso**
- **Global**
- **Modular**
- **Sistema único de información**
- **Progresivo**
- **Decididamente digital**
- **Al servicio de la empresas**

- **Reconocido y valorado**
- **Con el soporte de la Firma Electrónica Reconocida**

Me permitirán ustedes que termine este somero estudio con un viejo proverbio chino que resume perfectamente la filosofía que necesita cualquier tarea como la que el Gobierno Vasco ha intentado acometer con el desarrollo e implantación del Modelo Vasco de Contratación Pública Electrónica:

«Una estrategia sin acción es una utopía, una acción sin estrategia es un fracaso seguro… Estrategia más acción pueden mover el mundo».

Capítulo 10

Contratación pública «versus» Administración electrónica: Hacia la plena aplicabilidad de la LAE en materia de contratación pública electrónica

ISAAC MARTÍN DELGADO
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. LA POSICIÓN DE LA LAE EN EL SISTEMA DE FUENTES. *2.1. Planteamiento. 2.2. La función constitucional de la LAE y la vinculación horizontal de lo común en materia de procedimiento administrativo. 2.3. Conclusiones.* 3. LA RELACIÓN ENTRE FINES, PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSAGRADOS EN LA LAE Y LA INCOHERENCIA DE LA LCSP. *3.1. La relación entre fines, principios y derechos en la LAE. 3.2. La innecesaria reiteración de exigencias, la incoherencia de la LCSP en relación con los principios y la ausencia de novedades. 3.3. La –salvable– incoherencia de la LCSP en relación con los derechos. 3.4. La incoherencia de la LCSP en relación con las instituciones de régimen jurídico. 3.5. Conclusión: la necesidad de una labor interpretativa.*

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El objetivo de estas reflexiones consiste en demostrar que, a pesar del autismo del Legislador[1] –que, encerrado en sí mismo, elaboró dos leyes directamente relacionadas entre sí sin tener en cuenta sus respectivos contenidos–, las disposiciones de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos resultan

1. Tomo la expresión (que, si bien está escrita en un contexto diferente al de la contratación pública, le resulta perfectamente aplicable) de GAMERO CASADO, E. «La notificación por correo electrónico tras la Ley 24/2001, de 27 de Diciembre», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 116, 2002, pág. 503.

plenamente aplicables a los procedimientos electrónicos de contratación pública regulados en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Efectivamente, la LCSP se promulgó sólo cuatro meses después de la entrada en vigor de la LAE, coincidiendo ambas en su tramitación parlamentaria. Son dos leyes con objetos muy diferentes; mientras que la primera regula la contratación del sector público con la finalidad de adaptarla a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad, transparencia, e igualdad y al objetivo de la eficiente utilización de los recursos económicos, la segunda reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos. Sin embargo, ambas tienen un punto en común: contemplan aspectos concretos de Administración electrónica, esto es, de implantación de las nuevas tecnologías en la organización y en las formas de actuación de las Administraciones Públicas. La LAE lo hace con carácter general, consagrando tal implantación como un derecho de los ciudadanos y una obligación de la Administración; la LCSP lo hace en relación con algunos extremos concretos de la contratación del sector público. A pesar de ese punto en común, en ningún momento la LCSP, posterior en el tiempo, se remite –ni siquiera la menciona– a la LAE.

Se trata de una grave incoherencia por defecto[2]. La LAE tiene una clara voluntad de ser aplicada a todas las actuaciones de todas las Administraciones Públicas realizadas por medios electrónicos. No es razonable excepcionar completamente un sector del ordenamiento jurídico-administrativo, el de la contratación administrativa, de la aplicación de la LAE. Sobre todo cuando se trata de un sector de gran relevancia económica –baste recordar que los mercados de contratación pública constituyen el 16% del PIB de la Unión Europea–, en el que la implantación de las nuevas tecnologías contribuye a la transparencia, a la competencia y al descenso de costes económicos[3]. Si tal implantación se deja

2. Incoherencia ya denunciada en MARTÍN DELGADO, I., «Del riesgo de paralización en la implantación de la Administración electrónica», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 781, 2009, págs. 1 a 9.

3. No en vano, como precisa E. GAMERO CASADO, «*la generalización de la contratación electrónica es una verdadera exigencia para un Estado de Derecho que desee situarse a la altura de la sociedad a la que sirve (la Sociedad de la Información) y de su tiempo coetáneo (la Era de la Información)*» (cursiva en el original), «Las reglas generales de contratación electrónica en la Ley 30/2007, de Contratos el Sector Público», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núms. 71-72, 2008, págs. 105 y 106.
En este sentido, la Comisión afirma en el Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica (COM [2010] 571 final, de 18 de octubre) que «la contratación electrónica puede aportar considerables mejoras en materia de eficiencia de las adquisiciones concretas, gestión global de la contratación pública y

en manos de cada Administración, no sólo se está excepcionando el derecho reconocido en el art. 6.1 LAE –y los derechos complementarios del segundo apartado de este precepto–, sino que, además, se está perdiendo una clara oportunidad de aumentar la eficacia y la eficiencia de la actuación administrativa.

Es cierto que en la cuestión relativa a la contratación pública electrónica la LCSP se limita a transponer la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que deja total libertad a los Estados a la hora de decidir si sus poderes adjudicadores acuden o no, en cada caso concreto, a los procedimientos electrónicos de contratación. Es lógico que así sea, en atención a la disparidad de regímenes jurídicos y de capacidades técnicas y económicas de los Estados Miembros y en atención a los problemas que pueden plantearse, tales como la interoperabilidad, la accesibilidad o la igualdad[4]; sin embargo, nuestro país ya ha realizado importantes avances para superar estas dificultades y la LAE es muestra de ello. No había motivo para un desconocimiento de la realidad española de implantación de la Administración electrónica en el ámbito de la contratación pública[5].

Puede decirse que la regulación general del uso de las TIC en la contratación pública pasó absolutamente desapercibida para el Legislador de la Ley de Contratos, como demuestra el hecho de que se efectúa a través de dos preceptos simplemente (que, además, aparecen al final de la norma, como Disposiciones Adicionales), y que los mismos no recibieron prácticamente enmiendas durante su tramitación parlamentaria[6]. En el mismo error ha incurrido el Real Decreto 817/2009, de 8 de

---

funcionamiento de los mercados en el ámbito de los contratos estatales. (…). La introducción gradual de la contratación electrónica se inscribe en el ambicioso programa de la Administración electrónica que puede transformar radicalmente el funcionamiento de la Administración pública y sus prestaciones» (pág. 2).

4. De esta opinión es GAMERO CASADO, «Las reglas generales de contratación electrónica…», *op. cit.*, pág. 109.
5. Un análisis de la incorporación de los medios electrónicos a los procedimientos de licitación en clave de Derecho Europeo puede verse en GALLEGO CÓRCOLES, I.: «La contratación electrónica y su impulso por el Derecho Europeo», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 298, 2009, págs. 43 a 53.
6. Sólo fueron objeto de dos adiciones de carácter muy limitado. En concreto, ambas se realizaron como consecuencia de la comparecencia de DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, entonces Presidente de la Junta Asesora de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma Vasca y Director General de Patrimonio y Contratación del Gobierno Vasco, que sugirió introducir en la Ley la posibilidad de presentar la oferta de licitación en dos momentos y la inclusión en los pliegos de contratación de una

mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP, que dedica una sola Disposición (nuevamente Adicional) al uso de los medios electrónicos, con un contenido puramente programático, y, además, remite la regulación de los modelos y especificaciones técnicas a Orden Ministerial[7].

Por esta razón, resulta imprescindible realizar un esfuerzo de análisis de las relaciones entre la LCSP y la LAE. Para ello es necesario partir de la teoría de las relaciones entre leyes y de la articulación tradicional entre la legislación sobre el procedimiento administrativo común y la normativa de contratación pública, pues una lectura superficial y asistemática del sistema de relaciones entre las citadas normas puede ocasionar graves deficiencias interpretativas.

A tal fin ha de partirse de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPC), que no contempla los procedimientos de contratación pública entre aquéllos respecto de los cuales la propia Ley no les resulta aplicable o sólo se les aplica con carácter subsidiario[8]. Por tanto, en principio, los procedimientos de contratación pública no son procedimientos especiales desde la óptica de la LPC.

Fue la Disposición Adicional Séptima de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, la que introdujo la supletoriedad –en ningún caso se puede hablar de especialidad– al establecer que «*l*] *os procedimientos en materia de contratación administra-*

---

indicación sobre los formatos utilizables. Véase el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 748, de 19 de febrero de 2007, pág. 37 y ss.

7. El tenor literal de la Disposición Adicional Primera del citado Real Decreto es el siguiente: «*Al objeto de fomentar la agilidad, eficacia y eficiencia de los procedimientos regulados en este Real Decreto, y de acuerdo con lo previsto en las disposiciones adicionales decimoctava y decimonovena de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, las comunicaciones, requerimientos y notificaciones previstos en este Real Decreto podrán realizarse por medios electrónicos, informáticos o telemáticos.*
Las certificaciones de los asientos del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado podrán ser proporcionadas por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, con igual valor y efectos que las expedidas por medios convencionales.
A tal efecto, y de acuerdo con lo previsto en la disposición final novena de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, el Ministro de Economía y Hacienda podrá establecer, mediante Orden, las especificaciones técnicas y modelos necesarios para la plena efectividad de la práctica de dichas comunicaciones, requerimientos, notificaciones y certificaciones por medios electrónicos, informáticos o telemáticos».

8. Sí lo hace respecto de los procedimientos tributarios (D.A. 5ª), los relativos a la Seguridad Social (D.A. 6ª y 7ª), los disciplinarios (D.A. 8ª), los instados ante Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares (D.A. 11ª), los procedimientos de responsabilidad en materia sanitaria (D.A. 12ª) y los de extranjería (D.A. 19ª).

tiva se regirán por los preceptos contenidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siendo de aplicación supletoria los de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común». El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, mantuvo esa misma disposición. Ahora la LCSP, en su Disposición Final Octava, confirma esa opción: «*l*]os *procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias*».

Por tanto, las normas comunes de la LPC son aplicables a los procedimientos de contratación sólo con carácter supletorio, en defecto de previsión expresa.

En materia de Administración electrónica, la LAE (como trasunto de la LPC en lo relativo al empleo de medios electrónicos o, en terminología de la LCSP, como «norma complementaria»), sería de aplicación en relación con la actividad administrativa electrónica de contratación en defecto de previsión expresa por parte de esta última. Sin embargo, la propia LAE ha introducido un matiz nada desdeñable: en su Disposición Adicional Cuarta señala que en la aplicación de la misma «*habrán de ser tenidas en cuenta las* especificidades *en materia de contratación pública, conforme a lo preceptuado en la disposición adicional séptima del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio*» (énfasis añadido)[9]. El empleo del término especificidades en lugar de especialidades tiene una consecuencia: la Ley que regule la contratación pública podrá contener previsiones específicas en materia procedimental que atiendan a la concreta realidad que implica este sector del ordenamiento jurídico-administrativo; en tal supuesto, esas previsiones se aplicarán con carácter preferente respecto de las contenidas en la LAE. Pero en ningún caso podrá ofrecer una regulación paralela que desconozca absolutamente el contenido de la misma. Además, debe formularse un segundo matiz: la relegación a un plano supletorio de la LAE afecta únicamente a las disposiciones relativas a la gestión del procedimiento por medios electrónicos, y no al resto de la norma. Así debe ser entendida la remisión específica a la Disposición Adicional 8ª de la LCSP[10].

---

9. Obviamente, la remisión debe entenderse hecha ahora a la Disposición Final Octava de la LCSP.

10. Discrepo, pues, de lo defendido por PUNZÓN MORALEDA y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, quienes consideran que la LAE «excepcionó su regulación a la ley de contratos», dejando claro de este modo su prevalencia. No obstante, ambos autores afirman ulteriormente que «no observamos motivos que justifiquen una normativa especial para la materia de contratación pública», *La utilización de los medios electrónicos, informáticos*

Todo ello posee relevancia interpretativa. Es claro que la LAE es norma complementaria de la LPC en lo relativo al uso de las TIC en el procedimiento administrativo y en la organización de la Administración Pública. Por tanto, debe entenderse que, respecto de los procedimientos electrónicos de contratación, habrá que estar a lo dispuesto en la LCSP y, en su defecto, a lo previsto en la LAE. Pero, al mismo tiempo, ha de tenerse en cuenta que la LCSP sólo habla de procedimientos, y no de régimen jurídico de las Administraciones Públicas contratantes; y que –conviene insistir en ello– la ley común de procedimiento administrativo electrónico, que es la LAE, habilita a la LCSP para contener especificidades, y no especialidades.

Así pues, son dos las diferencias fundamentales predicables de las relaciones que se dan entre la LPC y la LCSP respecto de las que se producen entre la LAE y la LCSP. En primer lugar, las limitaciones que conlleva el empleo de la expresión «especificidades»; en segundo lugar, la generalidad de la LAE y su conexión directa con el principio constitucional de eficacia y el derecho fundamental de buena administración.

En definitiva, aunque pudiera parecer que la LAE ha convertido los procedimientos electrónicos en materia de contratación pública en procedimientos especiales, la correcta interpretación de la Disposición Adicional 4ª es muy diferente: la LAE es de aplicación general a los procedimientos de contratación pública, con la salvedad de la aplicación prevalente de las especificidades que se hubieren previsto en la LCSP para los procedimientos electrónicos de contratación, especificidades que en ningún caso podrán suponer apartamiento total de la LAE, como se justificará a continuación.

Por estas razones, de haberse hecho uso de una buena técnica legislativa, la LCSP debería haber realizado una mención específica a la LAE como norma de referencia en materia de Administración electrónica y como norma de aplicación supletoria en lo no expresamente previsto en relación con los procedimientos electrónicos de contratación pública (con reconocimiento expreso del derecho de los ciudadanos –personas físicas y jurídicas– a relacionarse con la Administración contratante por medios electrónicos) y tendría que haber tomado como referente básico la regulación de las instituciones jurídico-administrativas en ella contenida.

Efectivamente, problema añadido es que la LCSP tampoco asume

---

y telemáticos en la Ley 30/2007, de contratos del sector público, La Ley, Madrid, 2009, págs. 65 a 67.

como referente a la LAE en materia de régimen jurídico de la Administración electrónica. Es contrario a toda lógica que el perfil del contratante se regule en la LCSP sin tomar en consideración el concepto de sede administrativa electrónica que ofrece la LAE; que los registros de contratos que recoge la LCSP no estén en coordinación con la regulación por la LAE de los registros administrativos electrónicos; o que la subasta electrónica y los sistemas dinámicos de contratación se contemplen en la LCSP de forma independiente a la regulación por la LAE de la actuación administrativa automatizada y de la gestión electrónica del procedimiento administrativo. En definitiva, es incomprensible que el uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la contratación administrativa se haya normado sin tomar en consideración el contenido de la LAE.

Así pues, puede afirmarse que la LCSP adolece del defecto de la incoherencia con la que debería ser su norma de referencia en relación con el uso de las TIC en el ámbito de la contratación pública. Por ello, resulta necesario realizar una labor de interpretación conjunta de ambas normas con el fin de determinar su aplicación en tal ámbito. A tal fin se partirá del análisis de la posición de la LAE en el sistema de fuentes para, tras un estudio del contenido de las Disposiciones Adicionales Decimoctava y Decimonovena LCSP, llegar a concluir la aplicabilidad plena de aquélla en materia de contratación pública electrónica.

2. LA POSICIÓN DE LA LAE EN EL SISTEMA DE FUENTES

2.1. PLANTEAMIENTO

La LAE tiene una clara vocación de universalidad, que queda patente en su primer artículo, según el cual:

> «1. La presente Ley reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos y regula los aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información en la actividad administrativa, en las relaciones entre las Administraciones Públicas, así como en las relaciones de los ciudadanos con las mismas con la finalidad de *garantizar* sus derechos, *un tratamiento común ante ellas* y la validez y eficacia de la actividad administrativa en condiciones de seguridad jurídica.
>
> 2. Las Administraciones Públicas utilizarán las tecnologías de la información de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley, asegurando la disponibilidad, el acceso, la integridad, la autenticidad, la confidencialidad

y la conservación de los datos, informaciones y servicios que gestionen en el ejercicio de sus competencias» (énfasis añadido).

Una lectura de ambos apartados del precepto que acaba de ser reproducido pone en evidencia que la LAE busca regular la implantación de las TIC en la Administración española como un derecho del ciudadano y una obligación de la Administración y que, además, pretende constituirse en relación con esta materia en norma de cabecera del ordenamiento jurídico-administrativo. Ese es el sentido del inciso en el que se afirma que las Administraciones Públicas utilizarán las tecnologías de la información de acuerdo con lo dispuesto en la propia LAE.

Por otra parte, un examen detenido de sus contenidos pone de manifiesto asimismo que, a pesar de su título, su objeto es regular el régimen jurídico de las Administraciones Públicas electrónicas y el procedimiento administrativo electrónico común. Es la variante electrónica de la LPC, con todo lo que ello significa en términos de aplicabilidad a todas las Administraciones, con independencia de su ámbito material de actuación y de su nivel territorial. Dicho sencillamente, es la Ley de Administración Electrónica, la que rige con carácter general toda implantación de las nuevas tecnologías en las Administraciones Públicas.

Como ha precisado GAMERO CASADO, la LAE «constituye la primera disposición normativa que evidencia una percepción global del fenómeno (de la Era de la información) en el Derecho Administrativo, erigiéndose en una norma de cabecera que supone un cambio de tendencia, pues en ella subyace la intención de regular de manera omnicomprensiva el conjunto de cuestiones jurídicas que entraña la Administración electrónica»[11].

En opinión de este mismo autor –que es, sin duda, quien con más profundidad ha estudiado esta cuestión hasta el momento– la LAE es Ley común y especial[12]. Es común en cuanto que desarrolla los títulos competenciales de bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de procedimiento administrativo común; es especial, porque

11. GAMERO CASADO, E., «Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Administración Electrónica; su posición en el sistema de fuentes», en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J., *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 59 (cito la primera edición, si bien el planteamiento de este autor se ha mantenido en las sucesivas ediciones de la obra). También en «Las reglas generales de contratación electrónica…», *op. cit.*, págs. 117 y 118.
12. «Objeto, ámbito de aplicación…», *op. cit.*, pág. 77. En las páginas sucesivas desarrolla esta idea y extrae sus consecuencias.

su objeto es regular la implantación de las nuevas tecnologías en las Administraciones Públicas y en sus procedimientos de actuación. Como Ley común y básica, vincula a las Comunidades Autónomas; pero no al propio Estado, que por norma con rango de Ley podría desplazar esa regulación común. La consecuencia de este planteamiento es que en estos momentos disponemos de dos leyes horizontales y paralelas en desarrollo de la competencia estatal sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común y, por tanto, se han de aplicar las reglas de solución de antinomias, de tal modo que, en caso de conflicto entre la LPC y la LAE, prevalecería la segunda, como ley especial que es y, en caso de conflicto entre la LAE y la LCSP, prevalecería esta última, como ley especial que es respecto de la primera.

Ahora bien, la duda es si ese desplazamiento puede producirse para un sector específico del ordenamiento jurídico-administrativo. Admitido que lo común puede ser desplazado por otra norma estatal dictada en desarrollo del mismo título competencial –lo que, en realidad, simplemente implica que se está sustituyendo una regulación común por otra regulación común–, lo que debemos plantearnos es si lo común puede ser excepcionado por lo especial.

Ello conduce a estudiar una cuestión: la vinculación horizontal de lo común en materia de procedimiento administrativo, en relación con los títulos competenciales desarrollados por la LAE y la LCSP.

2.2. LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LAE Y LA VINCULACIÓN HORIZONTAL DE LO COMÚN EN MATERIA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Dentro de su especialidad, la LAE posee carácter general. El propio GAMERO es consciente de ello al afirmar que la singularidad que la distingue de las demás leyes respecto de las cuales la LPC es supletoria radica «en su horizontalidad o aplicación a cualesquiera actuaciones jurídico-administrativas (en el contexto material de la Administración electrónica)»[13]. Por ello, mantiene que la LAE es ley común especial y horizontal y, en consecuencia, el contenido de la misma se impone sobre el del resto de normas sectoriales que regulan materias específicas. Ahora bien, como ha sido anticipado, señala el propio autor que

> «esta escala en el sistema de fuentes sólo alteraría su orden en el caso de que el procedimiento sectorial en cuestión contenga a su vez determina-

13. «Objeto, ámbito de aplicación…», *op. cit.*, pág. 86.

ciones específicas en materia de Administración electrónica, pues en tal caso, por lo que concierne a la Administración electrónica, la Ley 11/2007 jugaría como ley general respecto de la ley sectorial específica, de modo que la primera disposición a considerar en la prelación de las fuentes sería el régimen específico de Administración electrónica contenido en la ley sectorial, cuyo contenido se integraría después por el resto de la LAE, entrando a continuación en juego el resto de la ley sectorial específica, y supletoriamente de ella la Ley 30/1992»[14].

El ejemplo de ello es precisamente la LCSP: siempre en opinión de GAMERO, dado que las relaciones entre ésta y la LAE se encuentran presididas por el principio de especialidad, lo dispuesto en la LCSP prevalece y desplaza a la LAE[15].

Seguir literalmente esta interpretación puede significar el fracaso de la LAE como norma de referencia en materia de Administración electrónica. Efectivamente, de resultar posible que cualquier ley posterior que contenga una regulación específica sobre el uso de los medios electrónicos en el marco del concreto sector material que tiene por objeto prevalezca sobre ella, se abren las puertas a la paralización de la implantación de la Administración electrónica en nuestro país[16]. La LCSP es un claro ejemplo de ello.

De este modo, entendemos necesario matizar tal planteamiento si realmente se quiere que la LAE sea la norma de cabecera del nuevo grupo normativo constituido por el régimen jurídico de la Administración electrónica.

La LAE y la LCSP son dos normas que forman parte del mismo ordenamiento jurídico (el ordenamiento general del Estado), que poseen el mismo rango normativo y que constituyen el mismo tipo de ley. Ahora bien, la superioridad de la primera sobre la segunda viene determinada por la función que cumple en ese ordenamiento jurídico: es ley

14. *Ibidem*.
15. *Ibidem*.
16. Sobre este peligro, véase MARTÍN DELGADO, I., «Del riesgo de paralización de la Administración electrónica», *op. cit.* Desgraciadamente, hoy en día podemos hablar ya no de riesgo, sino de realidad, como queda probado por la reacción del Legislador concretada en la modificación de la D.F. 3ª LAE a través de la Disposición Adicional Séptima de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que tiene por objeto exigir a las Comunidades Autónomas y a las entidades locales que aprueben y publiquen los programas y calendarios de trabajo para la implantación de la Administración electrónica con el fin de que todos los derechos reconocidos en la LAE puedan ser ejercidos en relación con la totalidad de los procedimientos que tramitan. La realidad ha evidenciado que el proceso de implantación de las TIC no sigue el ritmo inicialmente previsto y querido por la LAE.

común dictada en el ejercicio del título competencial del art. 149.1.18ª «procedimiento administrativo común»; en consecuencia, existe una reserva competencial de carácter constitucional para desarrollar el mencionado título que ha sido ejercida con una extensión y un alcance determinados, que no pueden ser contradichos en sus términos esenciales por ninguna norma sectorial.

Así pues, la LAE cumple una función vertebradora de la regulación del uso de las TIC por las Administraciones Públicas en sus procedimientos de actuación y, por tanto, no se encuentra al mismo nivel que la LCSP. La relación entre ésta y aquélla no puede ser explicada sobre la base del principio de especialidad, sino que ha de acudirse al principio de función constitucional[17]. De este modo, la regulación de los aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información en la actividad administrativa, también en la contractual, estaría reservada a la LAE, con exclusión de cualquier otra que, en todo caso, podrá regular especificidades. La contratación pública electrónica, en el aspecto relativo al procedimiento, deberá tener como referente normativo a la LAE; en cambio, respecto a lo que sea puramente contratación y a las especificidades que ésta pueda traer consigo, la regulación de referencia será la LCSP.

En relación con esta última cuestión debe tenerse muy en cuenta, además, un argumento adicional: lo común busca garantizar a los ciudadanos un tratamiento común ante todas las Administraciones Públicas, pero también un tratamiento común ante todas las actuaciones públicas llevadas a cabo por las diferentes Administraciones. Junto a la vincula-

17. El principio de función constitucional es una manifestación del principio de competencia como argumento para explicar las relaciones entre diversas leyes del Estado. Para una exposición de su contenido y alcance, puede verse GÓMEZ-FERRER MORANT, F., «La posición de la Ley General Presupuestaria en el ordenamiento jurídico», en AA.VV. *El marco jurídico-financiero del sector público: perspectivas de reforma,* Intervención General de la Administración del Estado, Madrid, 1986, págs. 29 y ss. y, con mayor desarrollo, «Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía, función constitucional», *Revista de Administración Pública*, núm. 113, 1987, págs. 17 y ss. De conformidad con este principio, «cada Ley tendría reservado un contenido material en exclusiva por la Constitución, de forma tal que la Ley de otro tipo que invadiera dicho contenido sería inconstitucional y, como tal, nula», *ibidem*, pág. 17. Como explica MUÑOZ MACHADO «la Constitución utiliza el criterio de asignar, en el marco de un mismo ordenamiento, la regulación de una materia de modo más específico a una categoría concreta de ley. En este caso la competencia general del legislador se acota porque sólo puede ser expresada a través de ese instrumento normativo concreto». Entre esas categorías de leyes estarían incluidas las leyes básicas del Estado que resulten de los diferentes títulos competenciales del art. 149.1 CE. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Iustel, Madrid, 2006, vol. II, págs. 248 y 249.

ción vertical, por tanto, se encuentra la vinculación horizontal. Es evidente que de ello no se deriva la imposibilidad de introducir especialidades por razón de la materia y, por tanto, de regular procedimientos administrativos especiales en relación con concretos sectores materiales de la actuación administrativa cuando la Ley común así lo prevea. En tal caso, se está produciendo una adaptación de lo general a lo especial, quedando lo primero como complemento supletorio de lo segundo. Pero lo que no es admisible es introducir "excepcionalidades", esto es, excepcionar lo común, que está llamado a tener eficacia *erga omnes*[18].

Cuando la LCSP lleva a cabo una regulación del empleo de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos al margen del contenido de la LAE, que es la Ley común en materia de Administración electrónica, lo que está haciendo es apartarse, de facto, de lo común y establecer un régimen jurídico de la contratación administrativa electrónica independiente, algo para lo que no está habilitada. El objeto de la LCSP es regular la contratación del sector público; lo propio de esta materia es, como se contempla en su art. 1, cubrir las necesidades de contratación de la Administración; hacerlo de tal forma que queden garantizados los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia en los procedimientos, no discriminación e igualdad; asegurar una eficiente utilización de los fondos públicos; y, finalmente, determinar el régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. En esta tarea es la LCSP la norma prioritaria, pues a ella corresponde desarrollar el título competencial indicado en el art. 149.1.18º «*legislación básica sobre contratos administrativos*». Sin embargo, no lo es frente a otro título competencial del mismo precepto: «*procedimiento administrativo común*» que, en su versión electrónica, desarrolla la LAE.

En otras palabras, si la LAE es el trasunto de la LPC –y, de hecho, algún día ambas normas terminarán siendo una sola[19]–, la relación entre la LCSP y la LAE es relación entre norma específica y norma común en lo relativo a la regulación del uso de las nuevas tecnologías en el procedimiento administrativo. Por eso aquélla no puede excepcionar los

18. La expresión es de López Menudo para quien la legislación sobre procedimiento administrativo común «ha de cumplir su cometido *natural* de ofrecer un régimen completo, operativo por sí mismo, con eficacia *erga omnes*», «Naturaleza y significación general de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», *Autonomies*, núm. 16, 1993, pág. 32.
19. De la misma opinión es Gamero Casado, «Objeto, ámbito de aplicación…», *op. cit.*, pág. 90.

aspectos comunes integrados en ésta, como, en general, tampoco está habilitada para excepcionar los aspectos comunes de la LPC.

Ello es así no sólo por el hecho de que un importante sector de la actividad administrativa queda excluido del tratamiento común que la LAE ha querido para todo procedimiento administrativo, sino, sobre todo, porque con ello se está renunciando al elemento de la modernización y de la innovación que la Administración electrónica trae consigo. Efectivamente, el principio de eficacia consagrado en el art. 103 de la Constitución Española y el derecho fundamental a una buena administración reconocido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea exigen la implantación de las TIC en las Administraciones Públicas y en sus procesos de actuación. El Derecho Administrativo no puede prescindir de las nuevas tecnologías y las Administraciones Públicas no pueden vivir de espaldas a ellas. Dado el paso hacia la Administración electrónica como derecho del ciudadano por parte del Legislador estatal y con clara vocación de generalidad, no es posible retroceder y acortar sus efectos para el ámbito de la contratación pública.

Como quedó expuesto, en ninguna de las disposiciones adicionales de la LPC se establecen especialidades, particularidades o remisiones para los procedimientos administrativos sustanciados en el ámbito de la contratación pública. La LAE, en cambio, sí recoge una mención específica a los procedimientos de contratación, pero ésta debe ser interpretada en sus justos términos. Efectivamente, conviene recordar que la Disposición Adicional Cuarta de la LAE, bajo el título «procedimientos especiales», señala lo siguiente: «*en la aplicación de esta ley habrán de ser tenidas en cuenta las* especificidades *en materia de contratación pública, conforme a lo preceptuado en la disposición adicional séptima del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio*» (énfasis añadido). La remisión debe entenderse hecha ahora a la Disposición Final Octava de la LCSP, según la cual, «*l*]os *procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias*».

Se habla, pues, de especificidades procedimentales y es en relación con las mismas donde la LCSP resulta de aplicación preferente, pero no respecto de los derechos, obligaciones y garantías en el uso de los medios electrónicos en el ejercicio de potestades administrativas en el ámbito de la contratación pública, donde debe prevalecer la LAE. La suple-

toriedad de ésta respecto de aquélla lo es simplemente a efectos procedimentales y, conviene insistir en ello, con carácter limitado.

En consecuencia, las disposiciones que acaban de ser reproducidas deben ser entendidas adecuadamente y, a tal fin, es preciso llevar a cabo una interpretación de conjunto. Como precisa el profesor LÓPEZ MENUDO, «la primera y más genuina acepción del término "común" lleva a contraponerlo al concepto "particular"; lo "común" hace referencia a lo que pertenece o se extiende a varios, no siendo privativamente de ninguno. Por consiguiente, un buen punto de partida exige manejar los dos pares de conceptos "común-particular" y "general-especial"; el primer par puede responder a la pregunta de *qué* regula cada derecho; y el segundo hace referencia a *qué relación* guardan entre sí»[20].

El hecho de que la LCSP determine que los procedimientos regulados en ella se regirán en primer lugar por sus propios preceptos y, sólo supletoriamente, por los preceptos de la LPC es lógico y razonable: la Ley de Contratos, como especial que es, regula en detalle los procedimientos de contratación, desde su iniciación hasta su resolución, pues está facultada para ello; para lo no expresamente previsto, habrá que acudir a la ley que, con carácter general, regula el procedimiento administrativo. Sin embargo, no está habilitada para excepcionar lo común como ha hecho respecto de la regulación del uso de las TIC en el procedimiento de contratación: la ley especial es también particular y, por ello, debe respetar lo que de común contiene la ley general. Por tanto, la LCSP, en su labor de concreción, ha de respetar lo común en materia de procedimiento administrativo. Y eso que denominamos común se encuentra recogido en la LPC y, en su versión electrónica, en la LAE, porque son ellas las que han sido dictadas en aplicación del único título competencial que legitima para regular el procedimiento administrativo, que es precisamente el segundo de los consagrados en el art. 149.1.18ª. La LCSP no está capacitada para establecer el «*procedimiento administrativo común*», *sino «la legislación básica sobre contratos»*. Y es que, siguiendo a LÓPEZ MENUDO, «la máxima fuerza (…) que es susceptible de llegar a adquirir una ley «común» resulta de llevar la figura a su máximo desarrollo lógico, configurándola como *norma que a más de incidir sobre la totalidad de un ámbito establece una regulación absoluta, inderogable e incluso no desarrollable por ninguna otra*, o sea, norma que alcanza una posición de primacía frente a cualquier derecho particular, situándose éste, caso

20. «Los principios generales del procedimiento administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 129, 1992, pág. 63.

de existir, en un segundo nivel y limitado a regular aspectos no previstos, o simples pormenorizaciones de la Ley común»[21].

La LAE es ley común y, al mismo tiempo, general, en materia de procedimiento administrativo electrónico. Por esta razón, la Disposición Adicional Cuarta de la LAE emplea el término *«especificidades»* y no *«especialidades»*. Especialidades son las que contienen los procedimientos en materia tributaria, de seguridad social o de extranjería, porque así lo ha querido la LPC (y, de hecho, lo propio hace el primer inciso de la Disposición Adicional 4ª LAE respecto de la versión electrónica de tales procedimientos), pero no los relativos a contratación administrativa, donde sólo pueden preverse concreciones, especificidades. La ubicación de esta previsión no es la adecuada, puesto que nada tiene que ver ni con el título de la Disposición *(«Procedimientos especiales»)* ni con los procedimientos que se mencionan en la primera parte de la misma: los procedimientos de contratación no son procedimientos especiales. Y mucho menos adecuado, como ya ha sido señalado, es que la LCSP no contenga si quiera una mención a la LAE.

La solución es evidente: al ser la actividad contractual una actividad administrativa como otra cualquiera, y dado que toda actividad administrativa se desarrolla a través de un procedimiento, el régimen aplicable a la misma, en los aspectos procedimentales comunes, es el contemplado en la LPC y, en su versión electrónica, en la LAE. En consecuencia, de la misma manera en que una Ley especial no puede excepcionar para los procedimientos tramitados en el sector que regula –por citar un aspecto común– los derechos contemplados en el art. 35 LPC, la LCSP no puede excepcionar para los procedimientos de contratación los derechos consagrados en el art. 6 LAE. La Ley común es «ley prevalente frente a todas»[22].

Ello lleva a la necesidad de determinar, de entre todo el contenido de la LAE, qué es lo común en materia de procedimiento administrativo electrónico. De existir algún precepto en la LCSP que suponga excepción de lo común en materia de procedimiento administrativo electrónico, sería inconstitucional, pues «la expresión «procedimiento administrativo común», interpretada en el contexto del artículo 149 de la Constitución, cobra una acepción unívoca en el sentido de *derecho directamente aplicable*, inderogable por hipotéticas leyes territoriales o especiales»[23].

---

21. *Ibidem*, pág. 64.
22. López Menudo, F., «Naturaleza y significación general…», *op. cit.*, pág. 25.
23. «Los principios generales del procedimiento administrativo»…, *op. cit.*, pág. 67.

En este sentido, «[a]ntes que nada, hará de tenerse por común cualquier garantía *esencial*, donde quiera que ésta se encuentre, o sea, referirse a aquellos supuestos necesarios para *"garantizar a los administrados un tratamiento común"* (…). Por tanto, son esencialmente los mismos principios, lisa y llanamente formulados, así como los diversos institutos procedimentales que aparecen transidos de aquéllos, los que quizás debieran absorber la categoría de lo *común*»[24].

El propio LÓPEZ MENUDO concreta esa afirmación en un estudio posterior, al afirmar que el Constituyente quiso referirse mediante el empleo del término «común» en el art. 149.1.18º *«al conjunto de principios, técnicas y garantías de obligada observancia por todas las administraciones públicas»*[25], de tal manera que «el procedimiento administrativo común no es algo que el legislador estatal pueda establecer de modo arbitrario sino que será todo aquello que por afectar a «las garantías mínimas de los ciudadanos respecto de la actividad administrativa» (así, la propia exposición de motivos) y «salvaguardar la uniformidad de los instrumentos procedimentales esenciales» pueda ser legítimamente proclamado y reconocido como ese reducto que la Constitución ha cuidado de reservar para el Estado»[26].

En definitiva, común será el conjunto de principios y reglas que permitan establecer ese sistema de garantías mínimas respecto del procedimiento administrativo gestionado por medios electrónicos. Esta debe ser la máxima que guíe la búsqueda de lo que de común tiene la LAE.

El propio art. 1 de esta norma, al determinar que el objeto de la misma es reconocer el derecho de los ciudadanos a relacionarse con la Administración por medios electrónicos y regular los aspectos básicos del empleo de las TIC en la actividad administrativa confiesa que lleva a cabo esta tarea «*con la finalidad de garantizar sus derechos, un tratamiento* común *ante ellas y la validez y eficacia de la actividad administrativa en condiciones de seguridad jurídica*» (énfasis añadido). En otras palabras, la misma LAE está afirmando que el reconocimiento de ese derecho es común y que sus disposiciones sobre el uso de las nuevas tecnologías en la actividad administrativa son el marco necesario para el ejercicio de ese derecho e imprescindible para la existencia de un tratamiento común de los ciudadanos ante las Administraciones.

---

24. «Los principios generales del procedimiento administrativo»…, *op. cit.*, págs. 74 y 76, respectivamente.
25. «Naturaleza y significación general…», *op. cit.*, pág. 25.
26. *Ibidem*, pág. 33.

Así pues, el derecho a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos y todos los aspectos complementarios del mismo son regulación común, aplicable a todos los procedimientos de todas las Administraciones Públicas.

2.3. CONCLUSIONES

En relación con el procedimiento administrativo electrónico, la LAE no es Ley especial, sino Ley común: es la versión electrónica de la LPC o, por hablar en propiedad, regula exactamente la misma materia que la LPC, pero en su versión electrónica.

De este modo, debe entenderse que su articulado no regula un sector del ordenamiento jurídico ni una parcela de la actividad administrativa, sino el empleo de las TIC por las Administraciones Públicas en sus procedimientos de actuación. Su objeto, por tanto, es el mismo que el de la LPC: establecer y regular, desde la perspectiva de la aplicación de las nuevas tecnologías, el procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, siendo aplicable a todas ellas.

En este sentido, la LPC no considera la contratación pública como materia especial a efectos de regirse por sus propias normas en lo relativo a este extremo. Y, cuando la LAE lo hace, no habla de especialidades, sino de especificidades, lo cual es perfectamente normal: la LCSP está habilitada para desarrollar los aspectos básicos y comunes en materia de procedimiento administrativo común con el fin de adaptarlo a las necesidades propias de la contratación pública. Y lo mismo puede hacer en materia de uso de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos de contratación. Pero, en la realización de esta tarea, deberá respetar los aspectos procedimentales comunes contenidos en aquélla y la función constitucional a ella encomendada o, lo que es lo mismo, las garantías comunes que consagra la LAE para la validez de la actuación administrativa realizada por medios electrónicos y la defensa de los derechos de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas.

En conclusión, en materia de contratación administrativa electrónica serán de aplicación las especificidades procedimentales que establezca la LCSP, siempre que no entren en contradicción con aspectos procedimentales comunes de la LAE. La labor que debe abordarse consiste en analizar qué concretos aspectos de la regulación de ambas normas pueden dar lugar a contradicciones o colisiones, tarea que desborda lo pretendido en este estudio, si bien se apuntarán algunas soluciones en las páginas que

siguen[27]. Conviene anticipar, no obstante, que la posible inconstitucionalidad de la LCSP queda salvada mediante una interpretación de las Disposiciones Adicionales Decimoctava y Decimonovena acorde con la LAE, sobre todo tras la reciente reforma operada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, con la finalidad de introducir la exigencia de disponibilidad de los medios electrónicos en relación con la totalidad de procedimientos de competencia de la Administración General del Estado.

3. LA RELACIÓN ENTRE FINES, PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSAGRADOS EN LA LAE Y LA INCOHERENCIA DE LA LCSP

3.1. LA RELACIÓN ENTRE FINES, PRINCIPIOS Y DERECHOS EN LA LAE

Los derechos regulados en el art. 6 LAE no sólo tienen la virtualidad de ampliar la esfera jurídica subjetiva de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración Pública[28]. Junto con ello, son el principal instrumento empleado por el Legislador para conseguir la satisfacción de los principios que proclama la propia LAE en su art. 4.

Efectivamente, según dispone este precepto, «*l*] *a utilización de las tecnologías de la información tendrá las limitaciones establecidas por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, respetando el pleno ejercicio por los ciudadanos de los derechos que tienen reconocidos y ajustándose a los siguientes principios*». Tales principios son el principio de respeto al derecho de protección de datos de carácter personal; el principio de igualdad en el uso de las nuevas tecnologías; el principio de accesibilidad a la información y a los servicios por medios electrónicos; el principio de legalidad (entendido como mantenimiento de las garantías de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas reconocidas en la LPC); el principio de cooperación en la utilización por medios electrónicos por las diferentes Administraciones Públicas; el principio de seguridad en la implantación y en la utilización de estos medios; el principio de proporcionalidad entre

27. Un exhaustivo análisis de la aplicación de las nuevas tecnologías en el ámbito de la contratación pública, con referencias cruzadas a la LCSP y a la LAE, puede encontrarse en Gallego Córcoles, I.: «La contratación electrónica de las entidades locales», en Moreno Molina, J. A. (Coord.): *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación a los entes locales*, CEMCI, Granada, 2008, págs. 557 a 611.

28. Para un completísimo estudio sobre esta cuestión puede verse Cotino Hueso, L.: «El derecho a relacionarse electrónicamente con las Administraciones y el estatuto del e-administrado en la Ley 11/2007 y la normativa de desarrollo», en Gamero Casado y Valero Torrijos, *La Ley de Administración electrónica*, 3ª edición, Aranzadi, Cizur Mayor, 2010, págs. 177 y ss.

medidas de seguridad y trámites y actuaciones administrativas; el principio de responsabilidad, calidad y veracidad de la información ofrecida por medios electrónicos; el principio de neutralidad tecnológica de los sistemas empleados; el principio de simplificación administrativa; y, finalmente, el principio de transparencia y publicidad del procedimiento.

Todos estos principios tienen su concretización en alguno o algunos de los derechos que reconoce la LAE en su art. 6.2. A todo ello debe añadirse el hecho de que la propia Ley, en su art. 3, explicita los fines que pretenden cumplirse con su incorporación al ordenamiento jurídico: facilitar el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes por medios electrónicos; facilitar el acceso por medios electrónicos a la información y al procedimiento administrativo; crear las condiciones de confianza en el uso de medios electrónicos mediante el establecimiento de las condiciones y medidas de seguridad que sean necesarias; promover la proximidad al ciudadano y la transparencia; contribuir a la mejora del funcionamiento interno de las Administraciones Públicas; simplificar procedimientos y fomentar la participación; y contribuir al desarrollo de la sociedad de la información. Al igual que en el caso anterior, también es evidente la relación entre los derechos del art. 6 y los fines que acaban de exponerse.

Sin ánimo de exhaustividad, tal relación se aprecia claramente en el siguiente cuadro:

Fines	Principios	Derechos
Facilitar el ejercicio de los derechos y de los deberes ante las Administraciones Publicas por medios electrónicos	Todos los principios	Todos los derechos
Preservación de la intimidad y la protección de datos	Protección de datos de carácter personal	Como principio horizontal, afecta a varios derechos, en tanto que límite a su ejercicio
Eliminación de las barreras en el acceso	Igualdad en el uso de las nuevas tecnologías	Igualdad en el acceso electrónico
Mejora del funcionamiento interno de la Administración; simplificación de procedimientos	Cooperación en la utilización por medios electrónicos por las diferentes Administraciones Públicas; simplificación administrativa	No aportar datos y documentos que obren en poder de las Administraciones

Fines	Principios	Derechos
Confianza en el uso de los medios electrónicos	Seguridad (con el límite de la proporcionalidad)	Obtener y utilizar los medios de identificación y autenticación
Acceso a la información	Responsabilidad, calidad y veracidad de la información	Conservar los documentos electrónicos; calidad de los servicios públicos prestados por medios electrónicos
Acceso a la información	Neutralidad tecnológica	Elección de canal; elección de aplicaciones y sistemas
Acceso al procedimiento; proximidad con el ciudadano y transparencia	Accesibilidad a la información y a los servicios; transparencia y publicidad del procedimiento	Conocer el estado del procedimiento; obtener copias electrónicas

En consecuencia, en la filosofía de la LAE, fines, principios y derechos guardan una estrecha relación entre sí, en un ejemplo de buena técnica legislativa y como evidente manifestación de la apuesta firme del Legislador por la implantación de la Administración electrónica en nuestro país.

3.2. LA INNECESARIA REITERACIÓN DE EXIGENCIAS, LA INCOHERENCIA DE LA LCSP EN RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS Y LA AUSENCIA DE NOVEDADES

La grave incoherencia de la LCSP respecto de la LAE denunciada con anterioridad se pone en evidencia a la hora de determinar las normas generales de aplicación de los medios electrónicos en los procedimientos y actuaciones en materia de contratación por parte de las Administraciones Públicas.

Los preceptos de la LCSP que se encargan de establecer estas reglas son las Disposiciones Adicionales Decimoctava y Decimonovena.

La Disposición Adicional Decimoctava afirma lo siguiente:

> «1. Las comunicaciones e intercambios de información que deban efectuarse en los procedimientos regulados en esta Ley podrán hacerse, de acuerdo con lo que establezcan los órganos de contratación o los órganos a los que corresponda su resolución, por correo, por telefax, o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos. Las solicitudes de participación en procedimientos de adjudicación podrán también hacerse por teléfono, en el caso y en la forma previstos en el apartado 4 de esta disposición adicional.

2. Para que puedan declararse admisibles, los medios de comunicación deberán estar disponibles de forma general y, por tanto, de su uso no debe derivarse ninguna restricción al acceso de los empresarios e interesados a los correspondientes procedimientos.

3. Las comunicaciones, los intercambios y el almacenamiento de información se realizarán de modo que se garantice la protección de la integridad de los datos y la confidencialidad de las ofertas y de las solicitudes de participación, así como que el contenido de las ofertas y de las solicitudes de participación no será conocido hasta después de finalizado el plazo para su presentación o hasta el momento fijado para su apertura.

4. Los órganos de contratación podrán admitir la comunicación telefónica para la presentación de solicitudes de participación, en cuyo caso el solicitante que utilice este medio deberá confirmar su solicitud por escrito antes de que expire el plazo fijado para su recepción.

Los órganos de contratación podrán exigir que las solicitudes de participación enviadas por telefax sean confirmadas por correo o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, cuando ello sea necesario para su constancia. Esta exigencia deberá ser recogida en el anuncio de licitación, con indicación del plazo disponible para su cumplimentación.

5. Los medios electrónicos, informáticos y telemáticos utilizables deberán cumplir, además, los requisitos establecidos en la disposición adicional decimonovena».

Por su parte, la Disposición Adicional Decimonovena, que debe entenderse continuación de la anterior precisamente por la remisión que aquélla hace a favor de ésta, desarrolla con mayor detalle la forma en que se usarán los medios electrónicos en los procedimientos de contratación. Y lo hace en sus dos primeros apartados –que estaban ya en la redacción originaria–, con el siguiente tenor literal:

«1. El empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos contemplados en esta Ley se ajustará a las normas siguientes:

Los medios electrónicos, informáticos y telemáticos utilizables deberán ser no discriminatorios, estar a disposición del público y ser compatibles con las tecnologías de la información y de la comunicación de uso general.

La información y las especificaciones técnicas necesarias para la presentación electrónica de las ofertas y solicitudes de participación deberán estar a disposición de todas las partes interesadas, no ser discriminatorios y ser conformes con estándares abiertos, de uso general y amplia implantación.

Los programas y aplicaciones necesarios para la presentación electrónica de las ofertas y solicitudes de participación deberán ser de amplio

uso, fácil acceso y no discriminatorios, o deberán ponerse a disposición de los interesados por el órgano de contratación.

Los sistemas de comunicaciones y para el intercambio y almacenamiento de información deberán poder garantizar de forma razonable, según el estado de la técnica, la integridad de los datos transmitidos y que sólo los órganos competentes, en la fecha señalada para ello, puedan tener acceso a los mismos, o que en caso de quebrantamiento de esta prohibición de acceso, la violación pueda detectarse con claridad. Estos sistemas deberán asimismo ofrecer suficiente seguridad, de acuerdo con el estado de la técnica, frente a los virus informáticos y otro tipo de programas o códigos nocivos, pudiendo establecerse reglamentariamente otras medidas que, respetando los principios de confidencialidad e integridad de las ofertas e igualdad entre los licitadores, se dirijan a minimizar su incidencia en los procedimientos.

Las aplicaciones que se utilicen para efectuar las comunicaciones, notificaciones y envíos documentales entre el licitador o contratista y el órgano de contratación deben poder acreditar la fecha y hora de su emisión o recepción, la integridad de su contenido y el remitente y destinatario de las mismas. En especial, estas aplicaciones deben garantizar que se deja constancia de la hora y la fecha exactas de la recepción de las proposiciones o de las solicitudes de participación y de cuanta documentación deba presentarse ante el órgano de contratación.

Todos los actos y manifestaciones de voluntad de los órganos administrativos o de las empresas licitadoras o contratistas que tengan efectos jurídicos y se emitan tanto en la fase preparatoria como en las fases de licitación, adjudicación y ejecución del contrato deben ser autenticados mediante una firma electrónica reconocida de acuerdo con la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica. Los medios electrónicos, informáticos o telemáticos empleados deben poder garantizar que la firma se ajusta a las disposiciones de esta norma.

Los licitadores o los candidatos deberán presentar los documentos, certificados y declaraciones que no estén disponibles en forma electrónica antes de que expire el plazo previsto para la presentación de ofertas o de solicitudes de participación.

Las referencias de esta Ley a la presentación de documentos escritos no obstarán a la presentación de los mismos por medios electrónicos. En los procedimientos de adjudicación de contratos, el envío por medios electrónicos de las ofertas podrá hacerse en dos fases, transmitiendo primero la firma electrónica de la oferta, con cuya recepción se considerará efectuada su presentación a todos los efectos, y después la oferta propiamente dicha en un plazo máximo de 24 horas; de no efectuarse esta segunda remisión en el plazo indicado, se considerará que la oferta ha sido retirada. Las copias electrónicas de los documentos que deban incorporarse al expediente, autenticadas con la firma electrónica reconocida del órgano admi-

nistrativo habilitado para su recepción surtirán iguales efectos y tendrán igual valor que las copias compulsadas de esos documentos.

Los formatos de los documentos electrónicos que integran los expedientes de contratación deberán ajustarse a especificaciones públicamente disponibles y de uso no sujeto a restricciones, que garanticen la libre y plena accesibilidad a los mismos por el órgano de contratación, los órganos de fiscalización y control, los órganos jurisdiccionales y los interesados, durante el plazo por el que deba conservarse el expediente. En los procedimientos de adjudicación de contratos, los formatos admisibles deberán indicarse en el anuncio o en los pliegos.

Como requisito para la tramitación de procedimientos de adjudicación de contratos por medios electrónicos, los órganos de contratación podrán exigir a los licitadores la previa inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que corresponda de los datos a que se refieren las letras a) a d) del artículo 303.1.

Ajustándose a los requisitos establecidos en el apartado anterior y a los señalados en las normas que regulen con carácter general su uso en el tráfico jurídico, las disposiciones de desarrollo de esta Ley establecerán las condiciones en que podrán utilizarse facturas electrónicas en la contratación del sector público».

Una y otra Disposición Adicional consagran pocas novedades, ciertamente; se limitan más bien a reproducir el contenido de la Orden EHA/1307/2005, de 29 de abril (que, por cierto, sí que era consciente de su enmarque en la regulación general del uso de los medios electrónicos, como puede leerse en su Preámbulo, con constantes referencias a las normas reguladores del uso de las TIC en ese momento vigentes), elevando el rango normativo y decretando el carácter básico de la regulación[29].

En ambas se contemplan algunas especificidades, muchas incoherencias por defecto y no escasas reiteraciones, la mayor parte de las mismas relacionadas con las características que han de reunir los medios electrónicos utilizables en la contratación pública, pero no destinadas a regular cómo han de incorporarse las TIC en la organización y en la actividad administrativa de contratación. Todo ello conduce a concluir que, salvo en lo relativo a las especificidades, esto es, la regulación de algunos aspectos específicos y propios de la contratación administrativa –que permite concretar lo que la LAE establece con carácter general–, el contenido de las mismas resulta innecesario y hubiera sido suficiente

29. GAMERO CASADO, «Las reglas generales de contratación electrónica…», *op. cit.*, pág. 111.

con remitirse a los distintos preceptos de la LAE que desarrollan (con una mejor técnica normativa) esos mismos extremos.

Efectivamente, en primer lugar llama la atención la expresión de que hace uso la LCSP: habla de medios electrónicos, informáticos y telemáticos. Desde que el art. 45 LPC, con el título «*Incorporación de medios técnicos*», introdujera el mandato para las Administraciones públicas de impulsar el empleo y aplicación de técnicas y medios informáticos, electrónicos y telemáticos en el desarrollo de su actividad y el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado, desarrollara ese mandato, fue la denominación habitual. Sin embargo, la LAE y, junto con ella, el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la misma, han optado por simplificarla, refiriéndose simplemente a «medios electrónicos»[30]. Con independencia de que, en honor a la verdad, lo realmente correcto es hablar de medios informáticos, electrónicos y telemáticos para hacer referencia a las relaciones entre Administración y ciudadanos mantenidas a través de las nuevas tecnologías, pues los medios que permiten la relación implican el recurso a tecnologías diferentes (la LCSP contempla la posibilidad de emplear medios tan dispares como el telefax, el teléfono o el correo electrónico), la incoherencia, aun siendo meramente de forma, existe.

Más importante, sin duda, que las discrepancias en los términos empleados, son las innecesarias reiteraciones en que incurre la LCSP. Entre los requisitos que deben cumplirse para la validez del empleo de estos medios, la Disposición Adicional Decimoctava señala los siguientes: disponibilidad de los medios, ausencia de restricciones en el acceso,

30. No obstante, en su Exposición de Motivos se refiere, indistintamente, a medios electrónicos, medios electrónicos e informáticos, tecnologías de la información y las comunicaciones, o nuevas tecnologías. El adjetivo telemático y la expresión «medios telemáticos» sólo se recogen en el momento en que la Exposición de Motivos hace un repaso de los antecedentes normativos.
En realidad, como es sabido, informática, telemática y electrónica no son términos equivalentes. DAVARA RODRÍGUEZ ofrece una distinción entre medios electrónicos, informáticos y telemáticos partiendo de su definición. Así, por medios electrónicos deben entenderse aquéllos que utilizan la electrónica en el desarrollo de la actividad administrativa; los medios informáticos, en cambio, serían aquellos otros que guardan relación con el tratamiento automático de la información; finalmente, los medios telemáticos serían los que permiten la transmisión de datos o información entre equipos unidos física y lógicamente. Vid. *Manual de Derecho Informático*, Cuarta edición revisada, ampliada y puesta al día, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, págs. 387 y 388.

integridad, confidencialidad y constancia. Como continuación, la Disposición Adicional Decimonovena añade el carácter no discriminatorio de los medios, su compatibilidad con las tecnologías de uso general, la seguridad en su uso, el sellado de tiempo y el uso de firma electrónica reconocida como medio de identificación y autenticación; y, además, reitera el requisito de la disponibilidad, integridad, y el de la disponibilidad y accesibilidad a los medios.

Pues bien, todos y cada uno de ellos ya están presentes en la LAE: como principios, en los distintos apartados del art. 4 de la LAE; como condiciones generales que debe cumplir toda comunicación electrónica, en su art. 27. Es más, no sólo se recogen, sino que la forma en que ello se hace es más adecuada que la empleada por la LCSP. Efectivamente, la LAE otorga a todas estas exigencias la categoría de principios, con todo lo que ello implica. En coherencia con este calificativo normativo, los regula como exigencias ineludibles que debe respetar todo uso de las TIC por parte de las Administraciones Públicas, sin posibilidad de opción. En cambio, la LCSP dedica al reconocimiento de estas exigencias dos Disposiciones Adicionales, que no forman parte del articulado principal de la Ley; y lo hace, como se ha afirmado, de manera confusa e incurriendo en reiteraciones incluso entre apartados[31].

3.3. LA –SALVABLE– INCOHERENCIA DE LA LCSP EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS

El art. 45.1 LPC, que aún continúa en vigor con carácter general para la actuación administrativa de cualquier Administración Pública, señala que «*l*] *as Administraciones Públicas impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que a la utilización de estos medios establecen la Constitución y las Leyes*».

Un tenor similar mantiene el art. 33 LAE. Efectivamente, integrado en el título III, «De la gestión electrónica de los procedimientos», tras

31. Muy crítico en este sentido se muestra GAMERO, quien considera que el Legislador estatal «destierra el régimen marco de la materia a un lugar tan recóndito como una disposición adicional, por lo demás extensa y deficientemente estructurada, que decepciona extraordinariamente en su contenido y no contribuye, ciertamente, a la puesta en valor de la materia», en «Las reglas generales de contratación electrónica…», *op. cit.*, pág. 114. Indica asimismo que «ha acometido su tarea desde una reluciente campana de cristal», *ibidem*, pág. 116 y habla muy gráficamente de la «miopía del legislador» y de «ninguneo normativo», *ibidem*, pág. 138. En definitiva, concluye que la regulación «defrauda sin paliativos las expectativas que pudo suscitar», *ibidem*, pág. 137.

precisar que la gestión electrónica de la actividad administrativa respetará los requisitos formales y materiales legalmente establecidos, dispone que «*se impulsará la aplicación de medios electrónicos a los procesos de trabajo y la gestión de los procedimientos y de la actuación administrativa*».

La gran diferencia entre uno y otro precepto radica en que la propia LAE ha reconocido con carácter general el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos. Lo que en principio era una declaración programática, se ha transformado, por voluntad de la Ley, en un derecho subjetivo.

Para el ámbito de la contratación pública, sin embargo, la Disposición Adicional Decimoctava, en su primer apartado, remite a los poderes adjudicadores la decisión acerca del medio de comunicación entre Administración y contratistas: «*de acuerdo con lo que establezcan los órganos de contratación o los órganos a los que corresponda su resolución*». La amplitud con que se efectúa esa decisión parece conducir a la conclusión de que, dado que el poder adjudicador actuante puede elegir entre correo convencional, telefax, teléfono o medios electrónicos, informáticos y telemáticos al admitir la documentación que debe remitir todo interesado en participar en la licitación, en última instancia la implantación de las TIC en el ámbito de la contratación administrativa es decisión del concreto órgano responsable de cada concreto procedimiento de contratación. De este modo, el art. 6.1 LAE no sería de aplicación en este sector material de la actividad administrativa y, por tanto, el uso de estos medios no sería un derecho del ciudadano y una obligación de la Administración. O, mejor dicho, en el ámbito de la contratación administrativa existiría simplemente un derecho al uso de los medios electrónicos cuando los pliegos correspondientes contemplen ese medio como uno de los utilizables para el procedimiento de licitación.

Ahora bien, como ha sido argumentado, el mencionado derecho es norma común y, por ello, toda implantación de las TIC en el ámbito de la Administración Pública debe tomar como referente necesario el contenido de la LAE que, al tener como eje central el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a relacionarse con la Administración por medios electrónicos, matiza tal carácter programático y convierte el uso de las nuevas tecnologías en obligación. La LCSP no puede contradecir este extremo.

Por esta razón, hemos de realizar una lectura con mayor profundidad de la citada Disposición Adicional, diferenciando entre procesos de actuación puramente internos y fases del procedimiento administrativo con efectos externos.

En relación con los primeros, debe entenderse que el empleo de medios electrónicos es una decisión de la Administración actuante, en coherencia con el principio de autoorganización. Esto explica que, de un lado, el art. 33 LAE no posea carácter básico (cada Administración territorial decidirá si utilizar o no medios electrónicos en sus procesos de trabajo y en la gestión de la actividad administrativa interna); y, de otro, que el ciudadano no pueda influir, en principio, sobre esa decisión, salvo en lo relativo al incumplimiento de las exigencias formales y materiales de la actuación administrativa. Pero, sobre todo, respecto del ámbito de la contratación pública, implica que la incorporación de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos –únicamente en lo referido a los procesos internos, conviene insistir en ello– es libre decisión de la correspondiente Administración.

Ahora bien, tanto el art. 35 LPC como el art. 6.2 de la LAE reconocen todo un catálogo de derechos del ciudadano cuyo cumplimiento es obligatorio para las Administraciones Públicas. Algunos de ellos tienen influencia directa sobre las decisiones puramente internas de la Administración (por ejemplo, el acceso al expediente por medios electrónicos implica la exigibilidad de documentos electrónicos); otros suponen la imposición de obligaciones en relación con concretas fases del procedimiento administrativo. Efectivamente, bajo el título «*n*]ormas *relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos regulados en esta Ley*» la LCSP está simplemente otorgando validez tanto a los medios tradicionales como a las nuevas tecnologías a efectos de comunicaciones entre Administración y contratista. A tal fin, el poder adjudicador deberá indicar claramente en el pliego de contratación el medio o medios utilizables en sus comunicaciones con los contratistas. Por tanto, no se le está otorgando una libertad para decidir si hacer uso o no de los medios electrónicos, sino que se le está encomendando la obligación de especificar a qué medios, de entre todos los válidamente admitidos en el ámbito de contratación pública, pueden recurrir los participantes en sus relaciones con el mismo.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta el contenido del art. 8 LAE. Bajo el título «Garantía de prestación de servicios y disposición de medios e instrumentos electrónicos» establece lo siguiente:

> «1. Las Administraciones Públicas deberán habilitar diferentes canales o medios para la prestación de los servicios electrónicos, garantizando en todo caso el acceso a los mismos a todos los ciudadanos, con independencia de sus circunstancias personales, medios o conocimientos, en la forma que estimen adecuada.

2. La Administración General del Estado garantizará el acceso de todos los ciudadanos a los servicios electrónicos proporcionados en su ámbito a través de un sistema de varios canales que cuente, al menos, con los siguientes medios:

a. Las oficinas de atención presencial que se determinen, las cuales pondrán a disposición de los ciudadanos de forma libre y gratuita los medios e instrumentos precisos para ejercer los derechos reconocidos en el artículo 6 de esta Ley, debiendo contar con asistencia y orientación sobre su utilización, bien a cargo del personal de las oficinas en que se ubiquen o bien por sistemas incorporados al propio medio o instrumento.

b. Puntos de acceso electrónico, consistentes en sedes electrónicas creadas y gestionadas por los departamentos y organismos públicos y disponibles para los ciudadanos a través de redes de comunicación. En particular se creará un Punto de acceso general a través del cual los ciudadanos puedan, en sus relaciones con la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, acceder a toda la información y a los servicios disponibles. Este Punto de acceso general contendrá la relación de servicios a disposición de los ciudadanos y el acceso a los mismos, debiendo mantenerse coordinado, al menos, con los restantes puntos de acceso electrónico de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos.

c. Servicios de atención telefónica que, en la medida en que los criterios de seguridad y las posibilidades técnicas lo permitan, faciliten a los ciudadanos el acceso a las informaciones y servicios electrónicos a los que se refieren los apartados anteriores».

Por canal ha de entenderse cualquier estructura o medio de difusión de los contenidos y servicios públicos, incluyendo el canal presencial, el telefónico y el electrónico, así como otros que existan en la actualidad o puedan existir en el futuro (dispositivos móviles, TDT, etc.). Por tanto, y teniendo en cuenta tanto que la Administración General del Estado deberá habilitar al menos estos tres tipos de canales como el hecho de que la Disposición Adicional Decimoctava menciona expresamente el correo, el telefax, el teléfono y los medios electrónicos, la labor del órgano de contratación radica en determinar qué concretos canales serán utilizables por los contratistas en el marco del concreto procedimiento de licitación. En consecuencia, no posee margen para elegir entre el medio presencial o el electrónico, salvo que, en relación con el procedimiento en cuestión, se haga uso de la habilitación de los apartados primero o sexto del art. 27 LAE y, en consecuencia, sólo sea utilizable el medio presencial o el medio electrónico, respectivamente.

La duda que se deriva de lo anterior es si resulta posible admitir un solo medio, sea cual sea. En caso afirmativo, en el ámbito de la contratación pública se estarían excepcionando tres derechos que el ordena-

miento jurídico otorga a los ciudadanos en sus relaciones con la Administración: el derecho genérico a relacionarse con ella por medios electrónicos o por medios convencionales, el concreto derecho a la elección del canal electrónico para comunicarse, y el derecho a cambiar de medio durante la tramitación del procedimiento. Y, desde la perspectiva contraria, de optar el órgano contratante por los medios electrónicos sin ningún límite, se estaría imponiendo con carácter obligatorio su uso por simple decisión administrativa. Lo primero sería contrario al art. 6.1 LAE; lo segundo, al art. 27.6 de la misma norma.

La respuesta debe ser necesariamente negativa. En una lectura conjunta de la LCSP y la LAE, debe entenderse que la Disposición Adicional Decimoctava está dando carta de validez a los diferentes medios mencionados. En relación con algunos de ellos, es evidente que su admisión es decisión libre del poder adjudicador. Es el caso del teléfono y del telefax, pues en ambos supuestos será necesaria la confirmación de la solicitud de participación en el procedimiento de contratación por escrito (en el caso del segundo, además, también por medios electrónicos). Pero en el supuesto del correo convencional y de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos su uso no puede quedar a la libre decisión del poder adjudicador. Se aplicaría, por tanto, lo dispuesto en la LAE y, en consecuencia, se llegaría a la conclusión de que en todo procedimiento de contratación deben poder emplearse los medios convencionales o los medios electrónicos, en función de la voluntad del contratista, salvo en los supuestos en los que se establezca la obligatoriedad del uso de los medios electrónicos en aplicación del art. 27.6 LAE. El uso de estos medios es potestativo, pero para los licitadores, no para la Administración contratante.

Además, el carácter abierto del precepto permite entender igualmente que está habilitando al órgano de contratación a exigir el uso de los medios electrónicos en los procedimientos de contratación, siempre, claro está, que por disposición reglamentaria se haya determinado la obligatoriedad en el empleo, tal y como prevé el art. 27.6 LAE. Ello no será nada infrecuente en el ámbito de la contratación pública, donde se exige al empresario, para poder contratar con la Administración, capacidad y solvencia económica, financiera, profesional o técnica (art. 51 LCSP): la capacidad técnica y económica que exige la LAE para la imposición con carácter obligatorio del uso de los medios electrónicos estará implícita en todos aquellos empresarios que tengan reconocida la posibilidad de contratar con la Administración.

En relación con los derechos reconocidos en el segundo apartado

del art. 6 LAE, debe llegarse a la misma solución: nada en la LCSP permite entender su inaplicabilidad en los procedimientos de contratación administrativa. De hecho, la Disposición Adicional Decimonovena recoge como normas de necesario cumplimiento para la validez del empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos lo que, en términos de la LAE, son derechos del ciudadano.

Efectivamente, la exigencia de que tales medios sean no discriminatorios se corresponde con el derecho a la igualdad en el acceso electrónico a los servicios de las Administraciones Públicas; la obligación de que estén a disposición del público y sean compatibles con las tecnologías de la información y de la comunicación de uso general se corresponde con el derecho a elegir las aplicaciones o sistemas para relacionarse con las Administraciones Públicas; la necesidad de que las especificaciones técnicas necesarias para la presentación electrónica de las ofertas y solicitudes de participación sean conformes con estándares abiertos, de uso general y amplia implantación se corresponde con el derecho a la elección de los sistemas de uso generalizado por los ciudadanos; las exigencias de integridad, seguridad, fechado, identificación y autenticación se corresponden con el derecho a obtener y utilizar los medios de identificación electrónica necesarios y a la garantía de la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros de las Administraciones Pública; y la exigencia de que los formatos de los documentos electrónicos incorporados al expediente se ajusten a especificaciones no sujetas a restricciones y garanticen la accesibilidad se corresponde con el derecho a la conservación en formato electrónico de los documentos que formen parte de un expediente.

En definitiva, todos los derechos consagrados en el art. 6.2 LAE son perfectamente aplicables en materia de contratación pública. La prevalencia de la LCSP sobre la LAE en relación con la aplicación de las TIC en los procedimientos de contratación es más pretendida que real.

Así pues, la publicación por el órgano de contratación de la convocatoria de licitación por medios electrónicos es una obligación de la Administración; como obligatoria es también la habilitación de los sistemas necesarios para que el interesado o licitador decida hacer uso de su derecho a relacionarse con el órgano de contratación por medios electrónicos para presentar sus ofertas, proposiciones o solicitudes de participación, comunicarse con la Administración durante la fase de adjudicación del contrato, sustanciar el eventual trámite de audiencia con carácter previo a la adjudicación definitiva, recibir notificaciones, subsanar las deficiencias de la documentación, prestar las garantías pertinen-

tes, firmar el contrato, presentar los recursos que decidan interponerse contra las decisiones adoptadas en el procedimiento de licitación y comunicarse con el órgano de contratación durante la fase de ejecución contractual.

Por el contrario, será decisión del órgano de contratación la terminación del procedimiento de contratación por medios electrónicos y la habilitación del sistema de reunión de los eventuales órganos colegiados que participen en el procedimiento por medios electrónicos.

Todo ello salvo que resulte de aplicación, por las especiales características de la licitación, la excepción del art. 27.1 LAE y, en consecuencia, deba hacerse uso obligado de medios no electrónicos.

La novedad introducida en la LCSP por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, viene a confirmar la interpretación realizada en estas páginas. Añade un tercer apartado a la Disposición Adicional Decimonovena con el siguiente tenor literal: «*En cumplimiento del principio de transparencia en la contratación y de eficacia y eficiencia de la actuación administrativa, se fomentará y preferirá el empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos contemplados en esta Ley por parte de los licitadores o los candidatos. En todo caso en el ámbito de la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ésta, dichos medios deberán estar disponibles en relación con la totalidad de los procedimientos de contratación de su competencia*». De este modo, de un lado, introduce la opción preferente por el empleo de los medios electrónicos con la finalidad de que los licitadores vayan paulatinamente optando por esta vía para relacionarse con las Administraciones Públicas; de otro, impone la obligación –si bien sólo exigible a la Administración General del Estado– de incorporación de los medios electrónicos en los procedimientos de contratación pública con el fin de que los licitadores puedan ejercer su derecho a relacionarse con ella por medios electrónicos.

Aunque la valoración de esta novedad no puede ser totalmente positiva, puesto que se ha desperdiciado una buena ocasión para introducir una regulación más acorde con la LAE y más respetuosa con el principio de seguridad jurídica, así como para explicitar la exigibilidad de la citada obligación para todas las Administraciones Públicas[32], cuando

32. Esta realidad queda patente en la nueva redacción del art. 130 LCSP, relativo a la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos. Entre otras novedades, se ha añadido la posibilidad de indicar en las proposiciones una dirección de correo electrónico en la que efectuar las notificaciones que se deriven del procedimiento de contratación, sin especificar las condiciones y requisitos que ha de reunir tal dirección, en clara contradicción con lo dispuesto en el art. 27 LAE. De este modo, habrá de entenderse que resulta válida cualquier

menos debe ser acogida favorablemente al evidenciar la exigibilidad del derecho a relacionarse con la Administración General del Estado por medios electrónicos en el ámbito de la contratación pública.

3.4. LA INCOHERENCIA DE LA LCSP EN RELACIÓN CON LAS INSTITUCIONES DE RÉGIMEN JURÍDICO

A diferencia de lo que ocurre en relación con el procedimiento administrativo, materia para la que el art. 149.1.18º añade el adjetivo «común», en el caso del título relativo al régimen jurídico de las Administraciones Públicas no puede afirmarse su vinculación horizontal. Sin embargo, sí puede entenderse que, en aplicación del principio de la función constitucional que cumple la LAE, la LCSP se encuentra sometida al alcance con que aquélla ha regulado esta cuestión.

Por esta razón, la crítica formal realizada en las páginas anteriores en el sentido de la grave incoherencia en que incurre la LSCP al llevar a cabo una regulación del régimen jurídico de la Administración electrónica en materia de contratación al margen de la LAE puede mantenerse perfectamente.

Junto con ello, dado que la Disposición Final Octava de la LCSP sólo se refiere a la supletoriedad de la LPC y sus normas complementarias en relación con la regulación del procedimiento administrativo, y no al régimen jurídico de las Administraciones Públicas contratantes, la LAE no resulta de aplicación supletoria, sino de plena aplicación.

Además, debe tenerse muy en cuenta el hecho de que, si el derecho del ciudadano a relacionarse con la Administración por medios electrónicos se predica igualmente respecto de los procedimientos de contratación administrativa, aquéllas instituciones de régimen jurídico que estén directamente conectadas con este derecho general o con alguno de los

---

dirección, incluyendo las ofrecidas gratuitamente por prestadores privados y sin necesidad de que el sistema acredite el momento de la recepción en el buzón ni el acceso al contenido de la notificación. Así, el poder adjudicador estará asumiendo el riesgo derivado de la imposibilidad de demostrar si el licitador recibió o no la notificación, con los problemas que de ello pueden derivarse.
En cambio, el art. 135 de la misma Ley, también modificado recientemente por la misma norma, a la hora de regular la notificación de la adjudicación, establece claramente (en un buen ejercicio de técnica normativa) que se hará por cualquiera de los medios que permiten dejar constancia de su recepción por el destinatario, con remisión expresa a lo dispuesto en el art. 28 LAE y previendo un plazo específico para entender rechazada la notificación (5 días, en lugar de 10 que prevé la LAE). Resulta difícil comprender cómo es posible que el mismo Legislador, en la misma norma, actúe con tal nivel de incoherencia.

derechos que completan el estatuto del ciudadano administrado electrónicamente no podrán configurarse al margen de lo dispuesto en la LAE y, por tanto, no serán de libre configuración por parte de las respectivas Administraciones Públicas.

Sirva a modo de ejemplo la regulación del Perfil del Contratante por el art. 42 LCSP[33] y la de la Plataforma de Contratación del Estado del art. 309. En ambos casos se trata de una mezcla de punto de acceso electrónico a información sobre ofertas de contratación y tablón de anuncios electrónico que, sin embargo, han sido regulados sin tomar en consideración los arts. 8, 10 y 12 de la LAE y las garantías que en ellos se contemplan. En todo caso, les resultarán aplicables.

3.5. CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE UNA LABOR INTERPRETATIVA

En definitiva, la descoordinación entre LAE y LCSP permite creer no sólo que se trata de normas promulgadas en momentos muy diferentes, sino, además, que son fruto de un Legislador distinto cuando, en realidad, no es así. Ello conduce a la necesidad de realizar una labor interpretativa de conjunto que haga posible la operatividad de ambas normas en el marco de la contratación pública, labor que tendrá un doble punto de partida: de un lado, en lo relativo al procedimiento administrativo electrónico, todo lo que de común tiene la LAE será igualmente aplicable en los procedimientos electrónicos de contratación pública, sin perjuicio de las especificidades que contempla la LCSP; de otro, por cuanto se refiere al régimen jurídico de la Administración electrónica, la LAE, como trasunto de la LPC, resultará plenamente aplicable, puesto que, en términos generales, la LCSP no reconoce ni especialidades ni especificidades sobre esta cuestión.

33. Para un análisis de este precepto, véase GALLEGO CÓRCOLES, I.: «Comentario al art. 42 de la Ley de Contratos del Sector Público», en AA.VV., *Contratación del Sector Público Local*, 2ª edición, La Ley, Madrid, 2010, págs. 639 a 680.

Capítulo 11

Simplificación en la contratación administrativa. Especial referencia a la contratación electrónica administrativa

JESÚS PUNZÓN MORALEDA
Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ
Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES RESPECTO A LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA Y EN MATERIA DE CONTRATOS. *2.1. Algunos ejemplos generales en materia administrativa. 2.2. Antecedentes en materia de simplificación en la Unión Europea. 2.3. Antecedentes a la LCSP en cuanto a la idea «simplificativa» en materia de contratos.* 3. EL PRINCIPIO DE SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA A PARTIR DE LA LCSP. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

En orden a establecer una exposición coherente sobre la simplificación en materia de contratos, resulta relevante el que tengamos en mente las diversas formas de simplificación, su importancia y sus variantes.

La expresión *simplificar* tiene su origen en el vocablo latino *simplex*, que significa simple, sencillo, y en la actualidad el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española –Vigésima segunda edición– lo define como «hacer más sencillo, más fácil o menos complicado algo». También existe una segunda acepción, básicamente utilizada en el argot matemático, con el significado siguiente: «Reducir una expresión, cantidad o ecuación a su forma más breve y sencilla».

Desde la comprensión de ambas acepciones, bien en aras del concepto de sencillez, bien por el de la reducción o abreviación, podemos afirmar que la vigente regulación de contratos es casi todo menos sencilla y breve. Desde el punto de vista de su conocimiento, se está convirtiendo en una materia de difícil estudio; por la propia materia y sobre todo por los continuos cambios legislativos, ya sea por añadidos en artículos puntuales, bien por modificaciones, bien por desarrollos legislativos más complejos.

Al margen de lo que se acaba de advertir, la simplificación, como veremos en el epígrafe siguiente, ha sido un problema lastrado en Derecho administrativo, no sólo en materia de contratos, sino como aspecto «virulento» de toda la materia que engloba su estudio, aspecto éste que es cierto que en otras disciplinas no se da de forma tan evidente. Así, por ejemplo, ya GARCÍA OVIEDO y MARTÍNEZ USEROS[1], en 1962, ponían cierto énfasis en el esfuerzo que el legislador había realizado en la Ley de Procedimiento Administrativo, de la que indican que estaba inspirada entre otros principios, en el de simplificación de trámites. De esta forma, el que exista en nuestro procedimiento administrativo una tipología que distingue los procedimientos ordinarios y de urgencia, precisamente se basa en la propia simplificación de trámites –y en la reducción de los tiempos en que los procedimientos de urgencia han de ser verificados– del segundo respecto al primero. Por otra parte, en materia de organización, por ejemplo, tras la aprobación de la LOFAGE, en cuya norma se consagraron algunos principios importantes de Derecho administrativo, uno de sus principios de base fue la reducción y, por tanto, reorganización de la administración periférica, simplificando los servicios y los criterios de organización, que ha supuesto, como bien indican MARTÍN MATEO y DÍEZ SÁNCHEZ[2], una reducción sensible de la «Administración periférica». Finalmente, y ya en época reciente, también se puede encontrar cierta preocupación por la doctrina en incluir, sobre todo en los nuevos manuales de nuestra disciplina, temas nuevos que tienen también un trasfondo «simplificativo». Así, por ejemplo, GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS[3], incluyen un tema decimonoveno con la de-

1. GARCÍA OVIEDO, Carlos y MARTÍNEZ USEROS, Enrique, *Derecho Administrativo*, 8ª ed., T. I, Murcia, 1962, pág. 332 (Nota: fallecido Carlos GARCÍA OVIEDO, continúa con la edición del manual otro catedrático de Derecho administrativo, Enrique MARTÍNEZ USEROS, por entonces catedrático de la Universidad de Murcia).
2. MARTÍN MATEO, Ramón, y DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José, *Manual de Derecho Administrativo*, 28ª ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 137.
3. GAMERO CASADO, Eduardo, y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *Manual de Derecho Administrativo*, 7ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2010, pág. 478 y ss.

nominación «La Administración Electrónica» cuyo punto tercero está dedicado al «Procedimiento Administrativo Electrónico; simplificación administrativa y rediseño funcional»; como puede observarse, otra muestra más de la preocupación que en la práctica supone la simplificación administrativa.

De esta forma se podrían ir enumerando multitud de intentos «simplificativos» que en las diversas materias y «submaterias» que se estudian desde la ciencia administrativa se han intentado implantar a lo largo del tiempo.

Mas como nuestro especial interés es el estudio de los contratos administrativos, hemos estimado pertinente abordar el tema siguiendo un orden que pensamos que es el adecuado para el desarrollo del mismo: la plasmación del tema objeto de estudio en un formato de «formación del concepto simplificativo» en materia contractual siguiendo tres niveles perfectamente diferenciados. Un primer nivel, en el que se van a exponer los antecedentes propiamente históricos en sentido amplio, es decir, recogiendo la idea de la simplificación en el contexto configurador del Derecho administrativo –en el que se incluirá una pequeña inmersión en los antecedentes históricos que han desarrollado normativamente la materia de contratos vinculados a las Administraciones Públicas, segundo–, un segundo nivel, en relación a la formación del Derecho de contratos en la Unión Europea, y un tercer nivel, en el que se analizarán los aspectos más relevantes en la materia objeto de estudio conforme a la aprobación y desarrollo de la Ley de Contratos del Sector Público –en adelante LCSP[4]–.

Finalmente, queremos advertir, como se podrá observar a lo largo de este complejo estudio sobre la simplificación, que no sólo hemos querido aportar reflexiones más o menos interesantes que a su vez supongan un hilo de atención y de reflexión «en cascada» para quien con criterio jurídico analice cuanto aquí se ha expuesto, sino que además hemos intentado aportar documentación física, sobre todo normativa, que avale cuanto aquí se ha expresado. No ha sido una tarea sencilla, pero el resultado final a juzgar debe tenerse en cuanta en dicho contexto didáctico-finalista.

2. ANTECEDENTES RESPECTO A LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA Y EN MATERIA DE CONTRATOS

2.1. ALGUNOS EJEMPLOS GENERALES EN MATERIA ADMINISTRATIVA[5]

La simplificación administrativa ha sido desde que se desarrollan

4. Ley 30/2007, de 30 de octubre, Ley de Contratos del Sector Público, BOE de 31 octubre de 2007, núm. 261.
5. Con carácter general, hay pocos estudios que, de forma directa y con detalle, se hayan dedicado hasta el momento presente al principio de simplificación administrativa.

las primeras normas en materia de contratos públicos una aspiración legítima, un deseo que no siempre se ha hecho realidad. Esta es una primera conclusión que podemos hacerla extensible a todo el Derecho administrativo general y a las diversas especialidades del mismo.

En tiempos ya lejanos del s. XIX, son numerosas las referencias que podríamos mostrar sobre la simplificación administrativa. A título de ejemplo podemos exponer alguna: a) MARIANO RAMÍREZ[6], en su *Tratado de Administración Práctica de España*,

> «Deber es de la administración suplir, con su inteligente celo y acertada dirección de los negocios, el defecto de las corporaciones administrativas; simplificando en sus formas los servicios que hayan de prestar, presentándoselos en su mayor sencillez y claridad, repitiendo pacientemente y con dulzura, las explicaciones que los hagan comprender…».

Unos años más tarde, y esta vez en Francia, VIVIEN[7] hace hincapié en la misma idea:

> «No tanto, pues, hay que combatir el principio de la centralización, como corregir sus formas. Simplificar, suprimir, todo lo que se retarda en ilustrar, encerrar la administración en términos improrrogables…».
>
> «(…) El decreto de 25 de marzo de 1852, que encarga á los prefectos el fallo definitivo de muchos negocios, precedentemente diferidos al gobierno central, tendrá por resultado simplificar considerablemente las complicaciones administrativas, y en este concepto merece aprobación»[8].

MORILLA[9], en alusión a la Real Cédula de 16 de Julio de 1819, llama la atención respecto a su 8ª cláusula:

> «Los expedientes que se formen en virtud de estas reglas, serán meramente instructivos; las dudas que resulten se consultarán *y* decidirán de

---

Podemos destacar: 1º) El cap. IX de la obra de MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén, *Administración Pública Electrónica*, 1ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2009, especialmente, páginas 333 y ss.; 2º) TORNOS MAS, Joaquín, «La simplificación procedimental en el ordenamiento español», Revista de Administración Pública, núm. 151, ene-abr, 2000, págs. 39 y ss. También hay que indicar que uno de los antecedentes legislativos de base de desarrollo del principio de simplificación administrativa se encuentra en la Ley 6/1997, de 14 de abril, Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en cuyo art. 3 –Principios de organización y funcionamiento– encontramos: «e) Simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos».

6. MARIANO RAMÍREZ, Pedro, *Tratado de Administración Práctica en España,* Ed. Imprenta de Don Vicente de Lalama, Madrid, 1944, pág. 48.
7. VIVIEN, Alexandre François Auguste, *Estudios Administrativos*, T. I, Trad. Juan LÓPEZ SOMALO, Ed. Imprenta de Luis García, Madrid, 1854, pág. 51.
8. VIVIEN, Alexandre François Auguste, *Estudios…, Op. cit.*, pág. 287.
9. MORILLA, José María, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, 2ª ed., La Habana, 1865, pág. 96.

> oficio, así en las Intendencias, como en las respectivas superioridades, *y* siempre se procurará la mayor simplificación de trámites que sea posible».

Que la preocupación era notable lo demuestra, por ejemplo, la aprobación del Real Decreto de 28 de julio de 1892, que tenía como objetivo la reforma en cuanto al procedimiento contencioso-administrativo y la propia organización de los Tribunales en este Orden. Como consecuencia de esta reforma se creó, según se recoge en su Disposición Adicional, una Comisión compuesta por funcionarios y personalidades especialistas en esta rama del Derecho. Pues bien, las conclusiones de esta Comisión se recogieron en el Real Decreto de 22 de junio de 1894 (de reforma de la Ley de 13 de septiembre de 1888 y del Reglamento General para su ejecución de 29 de diciembre de 1890) que entre otras cuestiones concluye: «… que dicho trabajo no sólo debía extenderse a la reforma y simplificación del procedimiento contencioso-administrativo, sino también á la del administrativo en aquello que por su enlace ó conexión con el anterior se estimase indispensable».

Más recientemente, se ha puesto cierto énfasis en el desarrollo de determinados principios administrativos que tienen una especial relevancia en relación con la simplificación. Por ejemplo, el derecho a no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya estén el poder de la Administración –art. 35 f) LRJ-PAC–[10], supone, como bien indica VIDA FERNÁNDEZ[11], que:

> «… el desarrollo de una adecuada política simplificación administrativa es la que verdaderamente satisface este derecho, como ocurrió con la supresión de la exigencia de aportar fotocopia del DNI o el certificado de empadronamiento en los procedimientos administrativos de la AGE (RR DD 522/2006 y 523/2006)».

En esta línea incluso se puede afirmar la existencia de un *principio de simplificación administrativa*[12]. Autores como GAMERO CASADO y FER-

10. Sobre este tema también puede consultarse el manual de GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual Básico…*, *Op. cit.*, especialmente el epígrafe 6.3 del Tema 12 titulado «Otros derechos relativos a la documentación administrativa», págs. 327 y ss.
11. VIDA FERNÁNDEZ, José, «La actividad unilateral y formalizada de la Administración Pública: aspectos generales del procedimiento administrativo», Lección 10, en *Lecciones de Derecho Administrativo*, Dir. Luciano PAREJO ALFONSO, 3ª ed., Valencia, 2010, pág. 330. El mismo autor recalca –véase pág. 336–, en relación a la aplicación de medios electrónicos en la gestión de procedimientos, que como consecuencia directa del mismo, las AAPP deben llevar a cabo un análisis del rediseño funcional y la simplificación del procedimiento, atendiendo a diversos aspectos, como: menor documentación requerida, más participación, menores plazos, mayor racionalización del trabajo interno, etc.
12. Hay autores que ponen en duda que se trate de un «auténtico principio». En esta línea, por ejemplo, se sitúa CIERCO SEIRA («La tramitación integrada de los procedi-

NÁNDEZ RAMOS[13] así lo sostienen en tanto que facilita la reducción de términos y plazos de los procedimientos. En el mismo sentido encontramos la aportación de OLIVER CUELLO[14], para quien dicho principio debería aportar a los procedimientos administrativos[15] una mayor eficacia[16] y eficiencia en la actividad administrativa.

El propio GAMERO CASADO hace mención de este principio en su estudio «El Derecho Administrativo ante la Era de la Información»[17]. Efectivamente, vincula también dicho principio al art. 4 j) de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos –en adelante LAECSP[18]–, que establece:

«Principio de simplificación administrativa, por el cual se reduzcan

---

mientos administrativos conexos», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 65-I, ene-abr, 2003), quien expresa su opinión de la siguiente forma: «Se llega a hablar incluso de un "principio de simplificación"». Y aunque la atribución de la condición de principio jurídico tal vez sea excesiva por el momento, si permite en cualquier caso evidenciar ese carácter permanente, estructural e integrador que pretende darse a las actuales labores de la simplificación administrativa. Buena prueba de esta vocación de permanencia es el caso, entre nosotros, de la *Comisión Interministerial de Simplificación Administrativa*, y también de la *Commision pour les simplifications administratives* en Francia, o del *Nucleo per la semplificazione* en Italia.

13. GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual Básico…, Op. cit.*, pág. 466; a título informativo hay que indicar que ya anteriormente esta idea la habían incorporado en la 4ª ed. de su manual, del año 2007, pág. 436.
Téngase en cuenta que con mucha anterioridad, FERNÁNDEZ RAMOS, ya hizo alusión al principio de simplificación administrativa a propósito de su estudio «El reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en relación con la función inspectora», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 41, ene-feb-mar, 2001, pág. 114.
14. OLIVER CUELLO, Rafael, «La Regulación de la Administración Electrónica Tributaria», en *Administración Electrónica Tributaria*, Coords. Ana María DELGADO GARCÍA y Rafael OLIVER CUELLO, Ed. Bosch, Barcelona, 2009, pág. 64.
15. Una explicación uniforme de la aplicación del principio de simplificación administrativa en el procedimiento administrativo lo encontramos en el trabajo doctrinal de TORNOS más («La simplificación procedimental en el ordenamiento español», *Revista de Administración Pública*, núm. 151, ene-abr, 2000, págs. 39 y ss.)
16. Puede consultarse nuestro estudio: PUNZÓN MORALEDA, Jesús y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Francisco, «La autenticidad como requisito de validez y eficacia en las comunicaciones electrónicas», Revista Contratación Administrativa Práctica, núm. 54, junio, 2006, págs. 28-49.
17. GAMERO CASADO, Eduardo, «El Derecho Administrativo ante la Era de la Información», en *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007 de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*, Coords. Eduardo GAMERO CASADO y Julián VALERO TORRIJOS, 1 ª ed. –reimpresión 2009–, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 107.
18. Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, BOE núm. 150, de 23 de junio de 2007 –Corrección de errores en BOE núm. 158, de 3 de julio de 2007–.

de manera sustancial los tiempos y plazos de los procedimientos administrativos, logrando una mayor eficacia y eficiencia en la actividad administrativa»[19].

Hay que objetar a este acercamiento del legislador a la simplificación debida a su preocupación por los tiempos y plazos, aunque en ocasiones es posible y por tanto ajustada a las características y exigencias del procedimiento administrativo, en ocasiones queda totalmente vinculado al diseño que se haga respecto de la administración electrónica. Consecuencia de esta reflexión podríamos decir que se trata de un error totalmente especulativo. La explicación podríamos basarla en que todavía nos encontramos inmersos en una Administración y en una forma de administrar de corte tradicional. Todavía podemos afirmar que no existe una Administración electrónica, sino la electrónica aplicada a la Administración y a los distintos procedimientos y formas de actuar que cada nivel administrativo requiere. Parece evidente que para poder hablar de Administración electrónica y de procedimientos de simplificación acordes a la instrumentación administrativa es necesario rediseñar las normas y con ellas todos los procedimientos y trámites vinculados a la misma. En este sentido parece vislumbrarse, en palabras de PALOMAR OLMEDA[20], un apoyo a cuanto se acaba de exponer cuando

19. Como crítica a esta simplificación, VALERO TORRIJOS (*El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común*, 2ª ed., Ed. Comares, Granada, 2007, pág. 10) hace mención a la «insuficiencia» del uso único de los medios tecnológicos a la hora de agilizar la tramitación administrativa; ello supondría la posibilidad de precipitar la decisión, por lo que el avance real consistiría, en opinión de VALERO TORRIJOS, en notificar en plazo las resoluciones teniendo en cuenta el amplio recurso al silencio que caracteriza la práctica administrativa. De nuevo VALERO TORRIJOS en su artículo «La gestión y conservación del documento administrativo electrónico» (en *El documento electrónico: aspectos jurídicos, tecnológicos y archivísticos*, Eds. José Luis BLASCO DÍAZ y Modesto J. FABRA VALLS, Ed. Universitat Jaime I, Castelló de la Plana, 2008, pág. 60) vincula su crítica al silencio administrativo.
Por su parte COTINO HUESO («Derechos del ciudadano», en *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007 de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*, Coords. Eduardo GAMERO CASADO y Julián VALERO, 1 ª ed. –reimpresión 2009–, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 127.) relaciona el texto y contexto de la simplificación en la LAECSP a los objetivos incluidos en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios de mercado interior –véase por ejemplo, el Considerando 52 y art. 5.1–.

20. PALOMAR OLMEDA, Alberto, *La actividad administrativa efectuada por medios electrónicos (A propósito de la Ley de Acceso Electrónico a las Administraciones Públicas)*, 1ª ed., Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pág. 105. La misma idea se puede consultar en PALOMAR OLMEDA estudio: «La contratación administrativa utilizando medios electrónicos y telemáticos», *Documentación Administrativa*, núm. 274-275m ene-ago, 2006, pág. 159.

señala: «Estamos, de nuevo, ante una referencia recurrente a lo largo de toda la LAE y que trata de encontrar el pretexto de utilización de métodos electrónicos para conseguir que las Administraciones realicen el esfuerzo por la simplificación de sus procedimientos, por la reducción de plazos y por conseguir una mayor eficacia en la propia actuación administrativa».

Por tanto, surge una pregunta determinante: ¿por qué se vincula la eficacia y la eficiencia a la simplificación administrativa? Parece esencial en este contexto indicar que mientras la eficacia –*efficacia*– queda vinculada a la «capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera», la eficiencia[21] –*efficientia*– supone la «capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado». Por tanto, mientras la eficacia –recogida en el texto constitucional, art. 103.1– supone el logro de determinados objetivos, la eficiencia tendríamos que relacionarla con la utilización óptima de los medios o instrumentos que tiene a su disposición la Administración para conseguir los objetivos. De tal manera, es perfectamente posible tener una Administración eficaz y no ser eficiente, o si se prefiere, a la inversa.

No encaja perfectamente la posición mantenida por MARTÍNEZ GUTIÉRREZ[22], quien entiende que la eficiencia debe ser considerada como «… una subespecie de la eficacia destinada a medir cuantitativamente la utilización de los recursos y medios de la Administración que se destinan a la consecución de un fin o actividad», concepto de eficiencia que lo apoya en el artículo 31, apartado 2º, de la CE. Sea como fuere, ambas concepciones propuestas parecen perfectamente asumibles y vinculadas, por tanto, a la simplificación administrativa, aunque tengamos que considerarlas instrumentos para la consecución de las finalidades «simplificativas». Parece incluso que la resultante de todo este proceso cognitivo fuera en orden inverso, es decir, que la propuesta de la simplificación administrativa fuese simplemente uno de los conductos vehiculares al servicio de una eficacia con efectos expansivos si tenemos

21. Recientemente el profesor GIMENO FELIU ha publicado un estudio de especial importancia sobre el principio de eficiencia que se debe consultar para quien desee profundizar en esta materia y en el debate propuesto: «El principio de Eficiencia», en *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Dir. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010, págs., 1255 y ss.
También se pueden consultar otros estudios interesantes, por ejemplo: PAREJO ALFONSO, Luciano, *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Ed. MAP, Madrid, 1995; CASALMIGLIA, A., «Justicia, eficiencia y optimización de la legislación», Documentación Administrativa, núm. 218-219, 1989, etc.

22. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén, *Administración…, Op. cit.,* pág. 335.

en cuanta otros argumentos que podrían hacerla posible, sobre todo en el marco de los procedimientos administrativos electrónicos: celeridad, agilidad, reducción de trámites y tiempos e instrumentación de las relaciones Administración-ciudadano y en sentido inverso.

En conexión con el art. 4.j) LAECSP anteriormente estudiado podemos recordar otros preceptos de la LAECSP relacionados con la simplificación, como por ejemplo, el art. 3 –Finalidades de la Ley–, cuyo punto 6 indica:

> «Son fines de esta Ley: (…) 6. Simplificar los procedimientos administrativos y proporcionar oportunidades de participación y mayor transparencia, con las debidas garantías legales».

Así como el art. 34 LAECSP –Criterios para la gestión electrónica–, en donde se dice de forma expresa:

> «La aplicación de medios electrónicos a la gestión de los procedimientos, procesos y servicios irá siempre precedida de la realización de un análisis de rediseño funcional y simplificación del procedimiento, proceso o servicio, en el que se considerarán especialmente los siguientes aspectos: a) La supresión o reducción de la documentación requerida a los ciudadanos, mediante su sustitución por datos, transmisiones de datos o certificaciones, o la regulación de su aportación al finalizar la tramitación; b) La previsión de medios e instrumentos de participación, transparencia e información; c) La reducción de los plazos y tiempos de respuesta; d) La racionalización de la distribución de las cargas de trabajo y de las comunicaciones internas».

Este artículo es especialmente importante por cuanto en el se describe que tendrá carácter preceptivo «un análisis de rediseño funcional y simplificación» aspecto especialmente importante en la aplicación de diversos preceptos de la LRJ-PAC, especialmente los artículos 62.1.e).

También plantea el art. 34 –y el art. 33[23]– LAECSP otros interrogantes respecto de los cuales se ha ocupado de forma satisfactoria la doctrina. Así, por ejemplo, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ[24] enfoca muy bien el problema del alcance de las relaciones competenciales que se derivan en

23. Art. 33.1 LAECSP –Utilización de medios electrónicos– «La gestión electrónica de la actividad administrativa respetará la titularidad y el ejercicio de la competencia por la Administración Pública, órgano o entidad que la tenga atribuida y el cumplimiento de los requisitos formales y materiales establecidos en las normas que regulen la correspondiente actividad. A estos efectos, y en todo caso bajo criterios de simplificación administrativa, se impulsará la aplicación de medios electrónicos a los procesos de trabajo y la gestión de los procedimientos y de la actuación administrativa».
24. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén, *Administración…, Op. cit.,* pág. 343.

relación con el principio de simplificación administrativa. Resulta ciertamente incoherente el que el art. 4 j) tenga un alcance básico, según se dispone en la Disposición Final Primera de la LAECSP, mientras que el art. 34 no, que es, en palabras del autor referido, «… precisamente donde se materializan los instrumentos o mecanismos propuestos por el legislador para conseguir la simplificación administrativa», es decir, con una aplicabilidad, en principio, reducida a la Administración General del Estado.

Igualmente podemos hacer una última referencia respecto a una norma que ha tenido un amplio impacto en la normativa española. Nos estamos refiriendo a la transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los Servicios en el Mercado Interior[25]. Es de destacar el que, por ejemplo, el régimen de acceso y ejercicio de las actividades de servicios se traduzca, precisamente, en la aplicación del principio de simplificación administrativa, que consiste, tal y como nos describe CARLÓN RUIZ[26], en el «… aligeramiento de los trámites administrativos y, en particular, la sustitución de los controles *a priori* por controles *a posteriori*, salvo que se justifique lo contrario en función del triple test que implica la aplicación de tres principios clave: el de no discriminación, el de necesidad (que implica la introducción de consideraciones de interés general) y el de proporcionalidad».

Si mostramos el texto de la Directiva, resulta muy elocuente en sus pretensiones. Veamos distintos considerandos de la misma:

> «(45) Para examinar la necesidad de simplificar procedimientos y trámites, los Estados miembros han de poder, en particular, tener en cuenta su necesidad, número, posible duplicación, costes, claridad y accesibilidad, así como las dificultades prácticas y retrasos que podrían generarse en relación con el prestador de que se trate.
>
> (46) Con el fin de facilitar el acceso a las actividades de servicio y su ejercicio en el mercado interior, procede establecer un objetivo, común a todos los Estados miembros, de simplificación administrativa y establecer disposiciones relativas, en concreto, al derecho de información, los procedimientos por vía electrónica y la creación de un marco para los regímenes de autorización. A nivel nacional se pueden adoptar otras medidas para cumplir este objetivo, consistentes en reducir el número de procedimientos y trámites aplicables a las actividades de servicios y en asegurarse de que

25. DOUE L 376/36, de 27 de diciembre de 2006.
26. CARLÓN RUIZ, Matilde, «El impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en el régimen de los colegios profesionales», *Revista de Administración Pública*, núm. 183, sep-dic, 2010, pág. 109.

dichos procedimientos y trámites son indispensables para conseguir un objetivo de interés general y de que no existen solapamientos entre ellos, tanto en el contenido como en la finalidad.

(47) En aras de la simplificación administrativa, no deben imponerse de forma generalizada requisitos formales, como la presentación de documentos originales, copias compulsadas o una traducción compulsada, excepto en aquellos casos en que esté justificado objetivamente por una razón imperiosa de interés general, como, por ejemplo, la protección de los trabajadores, la salud pública, la protección del medio ambiente o la protección de los consumidores. También es necesario garantizar que la autorización dé acceso como norma general a una actividad de servicios o a su ejercicio en todo el territorio nacional, a no ser que esté objetivamente justificado exigir una autorización individual para cada establecimiento –por ejemplo, para cada implantación de grandes superficies comerciales–, o una limitación de la autorización a un lugar específico del territorio nacional, por una razón imperiosa de interés general.

(52) La creación, en un plazo de tiempo razonablemente corto, de un sistema de procedimientos y trámites efectuados por vía electrónica es fundamental para lograr la simplificación administrativa en materia de actividades de servicios (…)».

Además introduce un Capítulo II con el título de «Simplificación Administrativa». Dentro del mismo podemos destacar el artículo 5.1 –Simplificación de los procedimientos–:

«Los Estados miembros verificarán los procedimientos y trámites aplicables al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio. Cuando los procedimientos y formalidades estudiados de conformidad con este apartado no sean lo suficientemente simples, los Estados miembros los simplificarán. (…)».

Finalmente, también el legislador ha hecho cierto hincapié en el principio de simplificación administrativa en el marco de las Administraciones de las CC AA. Por ejemplo, el reciente Estatuto de Castilla y León –art. 55.1 (Financiación de las entidades locales)– así lo establece:

«La financiación de las entidades locales garantizará la suficiencia de recursos de acuerdo con una distribución de competencias basada en los principios de descentralización, subsidiariedad y simplificación administrativa»[27].

Otro ejemplo interesante es la Ley de Procedimiento Administrativo de Cataluña, Ley 26/2010, de 3 de agosto, que en su art. 3.2 –Principios Generales– establece que:

27. Estatuto de Autonomía de Castilla y León de 2007, Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, BOE de 1 diciembre de 2007, núm. 288.

«Las administraciones públicas de Cataluña cumplen las funciones que tienen atribuidas y actúan de acuerdo con los siguientes principios generales: (…) Sexto. Simplificación y racionalidad administrativa».

También encontramos en la Comunidad Autónoma de Extremadura el Decreto 125/2005, de 24 de mayo, por el que se aprueban medidas para la mejora de la tramitación administrativa y simplificación documental asociada a los procedimientos de la Junta de Extremadura, en cuyo art. 1 dispone:

«1. El presente Decreto tiene por objeto el establecimiento de medidas de simplificación y reducción de la documentación asociada a los procedimientos administrativos, con el fin de propiciar circuitos y procesos de gestión pública más ágiles y racionales».

En la Comunidad Autónoma de Aragón se ha aprobado recientemente la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón[28]. Son varias las observaciones positi-

28. En esta norma existen varias directrices que de alguna forma se ocupan de forma directa de la simplificación. En su art. 10.5 –Procedimiento simplificado de adjudicación de contratos– se dispone:
«Para la adjudicación de los contratos mediante el procedimiento simplificado podrá utilizarse una subasta electrónica».
«Artículo 14 –Plazo para entender rechazadas las notificaciones practicadas por medios electrónicos–. Las notificaciones que se realicen en los procedimientos de contratación y posibles recursos en los términos establecidos en el artículo 28 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, se entenderán rechazadas con los efectos previstos en el artículo 59.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, y normas concordantes, cuando, existiendo constancia de la puesta a disposición, transcurrieran cinco días naturales sin que se acceda a su contenido, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso».
«Artículo 15 –Certificados acreditativos del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social–. Para la acreditación del requisito de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, así como de la ausencia de toda deuda pendiente de pago con la Comunidad Autónoma de Aragón, la presentación de la propuesta por el interesado para concurrir en un procedimiento de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y sus organismos públicos conllevará la autorización al órgano gestor para recabar los certificados a emitir tanto por la Agencia Estatal de Administración Tributaria y por la Tesorería General de la Seguridad Social, como por los órganos de la Administración Tributaria de la Comunidad Autónoma de Aragón».
«Artículo 16 –Acreditación de la identidad de personas físicas–. 1. A efectos de comprobación de los datos de identificación personal en los procedimientos de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y sus organismos públicos, no se exigirá la aportación de fotocopias del documento nacional de identidad. Así, la presentación de la propuesta por el interesado para concurrir en un procedimiento de contratación de la Administración de la Comunidad Autó-

vas que vamos a realizar a esta norma: en primer lugar, se transpone en su art. 14 –Plazo para entender rechazadas las notificaciones practicadas por medios electrónicos– el art. 135.4 de la LCSP sobre el rechazo de las notificaciones (mantiene los cinco días naturales a efectos del art. 59.4 LRJPAC –la LAECSP en su art. 28.3 establece 10 días naturales–); en segundo lugar, en el art. 15 –Certificados acreditativos del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social– es obligatoria (no optativa) la autorización al órgano gestor para recabar los certificados necesarios; en tercer lugar, en el art. 16 –Acreditación de la identidad de personas físicas– no se exige la aportación de fotocopias del DNI; y en cuanto lugar, en la Disposición final segunda –Notificaciones electrónicas en contratos sujetos a regulación armonizada– dispone que las notificaciones electrónicas en contratos sujetos a regulación armonizada se realizarán mediante medios electrónicos.

2.2. ANTECEDENTES EN MATERIA DE SIMPLIFICACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

En la Unión Europea ha existido y existe una preocupación manifiesta respecto a la gran cantidad de normas que regulan los ámbitos competenciales de la misma.

Vamos a mostrar algunos ejemplos de esta idea tan repetitiva en el marco general comunitario como específico de la materia de contratos.

En el ámbito del Derecho derivado, una de las primeras Decisiones encaminadas a construir la «idea simplificativa» fue la Recomendación 90/246/CEE, del Consejo de las Comunidades Europeas, de 28 de mayo

---

noma de Aragón y sus organismos públicos conllevará el consentimiento para que el órgano gestor realice las comprobaciones correspondientes.
2. La comprobación o constancia de los datos de identidad en dichos procedimientos se realizará mediante el Sistema de Verificación de Datos de Identidad.
3. Si de la comprobación efectuada resultara alguna discordancia con los datos facilitados por el propio interesado, la Mesa de contratación o el servicio gestor competente solicitará al interesado la presentación de la documentación identificativa correspondiente».
«Disposición final segunda –Notificaciones electrónicas en contratos sujetos a regulación armonizada–. En el momento en que esté operativo el sistema de notificaciones electrónicas de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, las notificaciones de la Administración de la Comunidad Autónoma y sus organismos públicos en el ámbito de los contratos sujetos a regulación armonizada y demás contratos susceptibles de recurso especial en materia de contratación se realizarán exclusivamente mediante medios electrónicos, tanto en su fase de adjudicación como de resolución de posibles recursos, reclamaciones o cuestiones de nulidad».

de 1990[29], relativa a la aplicación de una política de simplificación administrativa en los Estados miembros, a los que se recomienda:

> «1) Realizar programas de simplificación administrativa a favor de las empresas en los que participen todos los organismos públicos componentes;
>
> 2) Garantizar que las mencionadas medidas se refieran tanto a la simplificación de las nuevas propuestas legislativas como a la de la legislación existente, a la supresión de leyes superadas y a la adaptación de leyes que ya no reflejan la realidad económica y social.
>
> (…)
>
> 5) Crear o mantener dentro de los servicios de sus administraciones un organismo consultivo compuesto de representantes de las empresas, incluidas las pequeñas y medianas, y de la Administración con vistas a fomentar la simplificación de los procedimientos administrativos y de la legislación.
>
> (…)
>
> 7) Informar a la Comisión sobre, los principales logros alcanzados, los problemas encontrados y las iniciativas propuestas en el campo de la simplificación administrativa con el fin de que la Comisión pueda garantizar que todos los Estados miembros tengan pleno conocimiento de la evolución y de las posibilidades en este ámbito».

Un análisis detallado de la influencia del Derecho derivado lo encontramos en su influencia en el Derecho español que será analizado en el siguiente apartado. Un ejemplo práctico de la gran cantidad de normas con clara referencia a la simplificación puede ser el siguiente:

> 1) Reglamento 678/85, de 18 de febrero de 1985, del Consejo, sobre simplificación de formalidades en los intercambios intercomunitarios; 2) Reglamento 1062/87, de 27 de marzo de 1987, de la Comisión (DOCE núm. 107, de 22 de abril), por el que se establecen disposiciones de aplicación y medidas de simplificación del régimen de tránsito comunitario, cuya última modificación la constituye el Reglamento (CEE) núm. 2920/90, de 10 de octubre de 1990 (DOCE núm. 279, de 11 de octubre); 3) Reglamento 2504/88 (véase en este sentido la Orden de 31 de mayo de 1989 –BOE núm. 138, de 10 de junio– por la «que se simplifican las formalidades y trámites para la introducción de mercancías en Zonas y Depósitos Francos…», etcétera.

En el ámbito del *Derecho originario*, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, de 25 de marzo de 1957, ya contenía una referencia respecto a la simplificación:

29. DOCE núm. 141, de 2 de junio.

«*Artículo 87.* 1. En el plazo de tres años a partir de la entrada en vigor del presente Tratado, el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta a la Asamblea, adoptará, por unanimidad, los reglamentos o directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en los artículos 85 y 86.

Si tales disposiciones, no hubieren sido establecidas en el plazo indicado anteriormente, serán adoptadas por el Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta dé la Comisión y previa consulta a la Asamblea.

2. Las disposiciones a que se refiere el apartado 1 tendrán especialmente por objeto:

(…)

b) determinar las modalidades de aplicación del apartado 3 del artículo 85, teniendo en cuenta la necesidad, por una parte, de asegurar una vigilancia eficaz y, por otra, de simplificar en lo posible el control administrativo; (…)

Artículo 220. Los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales:

(…)

– la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales».

En la actualidad, tras la aprobación de Tratado de Lisboa, son varias, igualmente, las referencias encaminadas a elaborar una simplificación, en este caso legislativa, en el ámbito de la Unión Europea.

Por ejemplo, en el art. 103.2.b) TFUE –antiguo artículo 83 TCE– se reproduce el anterior, y líneas arriba reproducido, art. 87 TCEE.

También en el art. 218.7 TFUE –antiguo art. 300 TCE– determina:

«7. No obstante lo dispuesto en los apartados 5, 6 y 9, el Consejo, al celebrar un acuerdo, podrá autorizar al negociador a aprobar, en nombre de la Unión, las modificaciones del acuerdo para cuya adopción éste prevea un procedimiento simplificado o la intervención de un órgano creado por el acuerdo. El Consejo podrá supeditar dicha autorización a condiciones específicas».

Asimismo se incluye en el aparatado dedicado a Otros Actos Básicos de la Unión Europea, un bloque titulado «Acuerdo Interinstitucional relativo a las Directrices Comunes sobre la Calidad de la redacción de la legislación comunitaria de 22 de diciembre de 1998[30]» en cuyo considerando 6º se establece:

30. DO C 73, de 17 de marzo de 1999. Se han hecho algunas adaptaciones al Tratado de Lisboa.

«6. Las directrices vienen a completar los esfuerzos que realizan las instituciones para hacer la legislación comunitaria más accesible y comprensible, en particular mediante la codificación oficial de los textos legislativos y la refundición y simplificación de los textos existentes».

Asimismo, se incluye el «Acuerdo Interinstitucional "Legislar Mejor"[31]», que precisamente dedica un apartado al tema que tratamos:

«SIMPLIFICACIÓN Y REDUCCIÓN DEL VOLUMEN DE LA LEGISLACIÓN

35. Con el fin de facilitar la aplicación y mejorar la legibilidad de la legislación comunitaria, las tres Instituciones acuerdan iniciar, por una parte, una actualización y una reducción de su volumen y, por otra, una importante simplificación de la legislación existente. Se basarán al efecto en el programa plurianual de la Comisión.

La actualización y la reducción del volumen de la legislación se efectuarán, en particular, mediante la derogación de los actos que ya no se aplican y la codificación o refundición de los demás. La simplificación legislativa está destinada a mejorar y adaptar la legislación modificando o sustituyendo los actos y disposiciones demasiado farragosas y demasiado complejas con vistas a su aplicación. Esta acción se efectuará mediante la refundición de los actos existentes o por medio de nuevas propuestas legislativas, manteniendo la sustancia de las políticas comunitarias. En este marco, la Comisión seleccionará los ámbitos del Derecho actual que puedan ser objeto de simplificación sobre la base de unos criterios definidos previa consulta a la autoridad legislativa.

36. Dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor del presente Acuerdo, el Parlamento Europeo y el Consejo, a quienes corresponde como autoridad legislativa la aprobación final de las propuestas de actos simplificados, deberán, por su parte, modificar sus métodos de trabajo, instaurando, por ejemplo, estructuras ad Hooch específicamente encargadas de la simplificación legislativa».

2.3. ANTECEDENTES A LA LCSP EN CUANTO A LA IDEA «SIMPLIFICATIVA» EN MATERIA DE CONTRATOS

Hay que resaltar que en la década de los años cincuenta, hubo varios países, entre ellos Gran Bretaña y Francia, que en sus legislaciones establecieron de forma prioritaria cambios significativos en materia de simplificación. En materia de contratos, se introdujeron en el sistema francés las denominadas *listas permanentes de admisibilidad*[32], cuyo fin era

31. DO C 321, de 31 de diciembre de 2003; corrección de errores en DO C 4, de 8 de enero de 2004. Se han hecho algunas adaptaciones al Tratado de Lisboa.
32. Sobre las listas permanentes de admisibilidad también puede consultarse, entre la doctrina española, a GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis, *La Contratación Administrativa*, Madrid, 1966, págs. 114 y 115.

simplificar el procedimiento de adjudicación restringida; las generalizaron, en palabras de FLAMME[33]: «… situando todas las adjudicaciones que a ellas se refieren bajo el régimen de admisión previa al depósito de las, ofertas y la simplifican estableciendo una sola y misma formalidad de selección de los concurrentes para toda una serie de adjudicaciones».

Aunque la simplificación administrativa siempre ha estado en la mente del legislador, y sobre todo, de los administrados, y en materia de contratación no es una excepción, en ocasiones encontramos antecedentes que han supuesto ciertas reticencias a la simplificación administrativa. Por ejemplo, es interesante el Informe 1/1975, de 14 de febrero de la Junta Consultiva –Exoneración de escritura pública en contrato de suministro Internacional–. En el se trata una consulta que formula el Ministerio del Ejército y que versa sobre los contratos de suministro[34] que se celebran por el Departamento con Empresas extranjeras que no tienen representación ni apoderados permanentes en España y cuyos bienes habían sido elaborados en el extranjero antes de su entrega a la Administración. Pues bien, consulta el Ministerio del Ejército si en aplicación de este Decreto puede eximirse de la obligación de elevar a escritura pública el contrato convenido entre las partes y ser sustituido por un documento administrativo firmado por las mismas con una simple legalización de la persona o Entidad que represente a la casa matriz suministradora. La resolución fue contraria a las pretensiones de simplificación como puede observarse en la resolución:

> «A la vista de las consideraciones expuestas, cabe argüir que el requisito de la escritura pública es justamente uno de los extremos o puntos que por causas justificadas pueden ser objeto de estipulación expresa en este tipo de contratos. Como la legislación española juega como supletoria si no existe pacto en contra, deberá cubrirse esta solemnidad como en los demás contratos del Estado. Por el contrario, si en las cartas o documentación comercial se han prefijado unos requisitos especiales de formalización habrá que atenerse, excepcionalmente, a lo que las partes convinieran. Lo que no parece conforme a Derecho es la supresión de la escritura pública, sin que en la negociación con la casa extranjera se haya excluido expresamente este requisito impuesto por el Derecho español».

---

33. FLAMME, Maurice-Andre, «Los contratos de obras públicas de la Administración», *Revista de Administración Pública*, núm. 21, sep-dic, 1956, pág. 69.
34. En relación con este tipo de suministros merecía especial atención el último párrafo del artículo 239 del entonces vigente Reglamento General de Contratación: «d) Los contratos de suministro que se celebren por contratación directa con Empresas extranjeras y su objeto se fabrique o proceda fuera del territorio nacional, se atemperaran a la presente legislación, sin perjuicio de lo que se convenga entre la partes, de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional».

En materia de contratos, por ejemplo, JURISTO SÁNCHEZ[35], alude a la simplificación contratos de obras públicas, en las que los poderes adjudicadores debían de aplicar sus procedimientos nacionales adaptados a las disposiciones de la Directiva 71/305/CE. En este sentido con la adaptación a la norma comunitaria se pretendía una simplificación de las formas de adjudicación de los contratos enumeradas en el artículo 92 RCE.

En esta época, FERNÁNDEZ DEL MORAL[36], a propósito de su estudio sobre el contrato de concesión, hace especial hincapié, cuando analiza los intereses y funciones pretendidas con la celebración del contrato de suministro, en que se deben simplificar las relaciones entre los contratantes en un intento, precisamente, de simplificación de las relaciones jurídicas como factor pretendido siempre en el Derecho privado y en el Derecho mercantil.

Una propuesta dinamizadora en materia de contratos fue la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las administraciones Públicas[37]. Es precisamente en la Exposición de Motivos donde ya nos advierte el legislador de sus propuestas y finalidades de su trabajo normativo, indicando:

> «… constituye uno de los objetivos de la Ley, recogiendo la experiencia anterior, la simplificación del procedimiento jurídico administrativo de contratación, suprimiendo algunos trámites que se han considerado menos necesarios y estableciendo preceptos concretos que tienden a lograr la indicada simplificación del procedimiento».

Dentro de las propuestas simplificadoras se recogen, por ejemplo:

> «Artículo 124.2: "2. No obstante, para los proyectos, de obras de primer establecimiento, reforma o gran reparación, inferiores a 20.000.000 de pesetas; y para los restantes proyectos enumerados en el artículo anterior, se podrá simplificar, refundir o incluso suprimir, alguno o algunos de los documentos anteriores en la forma que reglamentariamente se determine, siempre que la documentación resultante sea suficiente para definir, valorar y ejecutar las obras que comprende"».

La Ley 13/1995 sufrió una modificación necesaria pero en todo caso transitoria –conocidas retrospectivamente la evoluciones que ha su experimentado la materia de contratación pública– con la aprobación de

35. JURISTO SÁNCHEZ, Rafael, La Adaptación del Contrato de Obra Pública al Derecho Comunitario Europeo, Madrid, 1987, pág. 101.
36. FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, Lourdes, El contrato de suministro, Ed. Montecorvo, Madrid, 1992, págs. 29 y 30.
37. BOE núm. 119 de 19 de mayo; rect. BOE núm. 159, de 5 de julio.

la Ley 53/1999[38]. Como expresivamente señala RIVERO ORTEGA[39], en el Preámbulo de esta Ley, como en otras ocasiones se pregona como uno de los objetivos principales el de simplificar:

> «En segundo lugar, simplificar, en lo posible, los procedimientos de contratación con respeto a los principios básicos de publicidad, libre concurrencia y transparencia en la contratación de las Administraciones públicas, propias de cualquier ordenamiento jurídico sobre la materia. Entre las medidas simplificadoras de los procedimientos deben situarse las que afectan a los órganos y mesas de contratación; aquellas que establecen las cifras que permiten la utilización del procedimiento negociado por razón de la cuantía, puesto que la experiencia ha demostrado que las que figuran en el texto actual son inadecuadas, coincidiendo, además en ocasiones, con las que delimitan la figura del contrato menor, lo que ha suscitado dificultades de interpretación y aplicación de los respectivos preceptos; las que simplifica la presentación de documentación por parte de los licitadores, y las que reducen los plazos de publicidad cuando no sea preceptivo llevarla a cabo en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas"».

Con la aprobación del Real Decreto Legislativo 2/2000[40] –en adelante RDL 2/2000– y, más tarde, del Real Decreto 1098/2001[41] –en adelante RD 1098/2001–, de nuevo se vuelve a acometer el problema de la simplificación en materia de contratos públicos. Por ejemplo, el art. 124 RDL 2/2000 –Contenido de los proyectos y responsabilidad derivada de su elaboración–, se deja inalterado el antiguo art. 124.2 líneas arriba expuesto pero, a propósito de su desarrollo, el RD 1098/2001, en su art. 126 –Contenido mínimo de los proyectos– dispuso lo siguiente:

> «Los proyectos a que se refiere el artículo 124.2 de la Ley deberán contener, como requisitos mínimos, un documento que defina con precisión las obras y sus características técnicas y un presupuesto con expresión de los precios unitarios y descompuestos.» –La cursiva es nuestra–.

El propio RD 1098/2001 también estableció excepciones a la simplificación. Así, el art. 178.5 –Presupuesto de ejecución y contenido de los proyectos en ejecución de obras por la Administración– indicó:

---

38. Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18-5-1995 de Contratos de las Administraciones Públicas, BOE de 29 diciembre de 1999, núm. 311.
39. RIVERO ORTEGA, Ricardo, «¿Es necesaria una revisión del régimen de los Contratos Administrativos en España?», *Revista Española de Administración Pública*, núm. 121, ene-mar, 2004, pág. 28.
40. Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, BOE de 21 junio de 2000, núm. 148.
41. Real Decreto 1098/2001, de 12 octubre, por el que se aprobó el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, BOE 26 de octubre de 2001, núm. 257.

> «En todo caso, en los proyectos que vayan a servir como base para la modalidad de ejecución de obras por la Administración no se podrá simplificar, refundir ni suprimir ninguno de los documentos que lo integran».

En el ejemplo que acabamos de exponer tenemos una de las primeras simplificaciones efectivas en materia de contratos. En palabras de NOGUEIRA LÓPEZ, que recientemente ha publicado un magnífico estudio sobre el principio de economía procesal[42], se puede constatar en la «búsqueda» de la inmersión expresa en materia de contratos, que la simplificación administrativa, que «se repite como un mantra en los texto referentes a procesos de mejora o reforma administrativa», por fin se hizo efectiva.

Al margen de las buenas intenciones en materia de simplificación contenidas en los ejemplos anteriores es cierto que algunas mejoras se introdujeron; entre ellas consideramos muy importante el que se aplicara en esta materia como mejora simplificativa, de facto, los principios de proporcionalidad y flexibilidad –por ejemplo, aplicados a la constitución de la garantía provisional, que sólo se establecía, según cuantías, como preceptiva en los procedimientos abiertos y restringidos–, en aras a facilitar la concurrencia y a simplificar el procedimiento licitatorio[43].

Con posterioridad, y en el tiempo de preparación de la futura Directiva sobre contratos del sector público, se aprobó la Posición común (CE) núm. 33/2003, de 20 de marzo de 2003, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios[44]. En el Considerando 43 de la *Comunicación* del Consejo se indica:

> «Habida cuenta de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones y de las simplificaciones que pueden implicar para la publicidad de los contratos y en términos de eficacia y transparencia de los procedimientos de adjudicación, conviene que los medios electrónicos estén en pie de igualdad con los medios clásicos de comunicación e inter-

42. NOGUEIRA LÓPEZ, Alba, «El principio de Economía Procesal», en Principios Jurídicos de Derecho Administrativo, Dir. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid, 2010, pág. 299 y ss.).
43. Véase en el sentido del texto a CASTILLO BLANCO, Federico A., «La modificación del régimen de garantías en la contratación administrativa», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 106, abr-jun, 2000.
44. Documento C 147 de 24 de junio de 2003.

cambio de información. En la medida de lo posible, el medio y la tecnología elegidos deben ser compatibles con las tecnologías utilizadas en los demás Estados miembros».

Tal y como se puede observar en el texto trascrito, una parte importante de las intenciones del legislador comunitario estaban encaminadas a que las simplificaciones cobrasen identidad en función de la aplicación de las nuevas tecnologías a los contratos, efecto, que como veremos más adelante en este estudio, han supuesto el auténtico motor en las diversas simplificaciones que posteriormente se propugnaron en la preceptiva Directiva sobre contratos del sector público. Piénsese que en aquellos momentos –año 2003– la implantación de las nuevas tecnologías a la contratación era muy escasa, hecho que propiciaba, aunque con muchos recelos, su implantación. En este sentido es interesante la perspectiva que de este tema mantuvo URÍA FERNÁNDEZ[45], para quien la introducción de las nuevas tecnologías podía suponer mejoras sustanciales: por un lado, su utilización tendría que redundar en una simplificación de los procedimientos administrativos de contratación –en palabras de dicho autor–: «… excesivamente onerosos para ambas partes contratantes como consecuencia de la exigencia, caso a caso, del cumplimiento de numerosos requisitos formales y documentales que, a su vez –y de ahí el coste para las Administraciones Públicas–, precisan comprobación administrativa», y por otro, hay que indicar que dichos requisitos formales sitúan a las empresas de menor tamaño en una situación de desventaja frente a otras de mayor tamaño y estructura más compleja.

En nuestra opinión adelantamos, como posteriormente se adjuntará a las conclusiones sobre el presente estudio, la utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito de la contratación pública, al menos como ha quedado configurado este tema en la LCSP, ha sido escasa, sin demasiadas presiones respecto a los sujetos activos en su implantación, los Estados miembros UE, y con escasas repercusiones fácticas en los procedimientos, si excepcionamos de los mismos las reducciones de plazos que se han establecido en cada caso concreto.

Como se puede observar, la mayoría de las iniciativas en el marco de la simplificación de contratos tiene un claro origen comunitario. En orden a esta afirmación, lo primero que el «legislador» comunitario rea-

45. URÍA FERNÁNDEZ, Francisco, «Apuntes para una reforma de la legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas», *Revista de Administración Pública*, núm. 165, sep-dic, 2004, especialmente el punto «3. Administración electrónica y simplificación de procedimientos», págs. 306 y ss.

lizó fue sintetizar las Directivas[46] comunitarias de regulación de los contratos, tras lo cual fue aprobada la Directiva 2004/18/CE[47], que hoy día es base de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público –en adelante LCSP–. En efecto, en el considerando núm. 1 de la Directiva 2004/18/CE expresamente se indica:

> «Con ocasión de nuevas modificaciones de las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, necesarias para responder a las exigencias de simplificación y modernización formuladas tanto por los poderes adjudicadores como por los operadores económicos en el marco de las respuestas al Libro Verde adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, es conveniente, por motivos de claridad, proceder a su refundición en un único texto».

Pero este esfuerzo sintetizador del legislador comunitario ha tenido un largo recorrido no ha pasado inadvertido por la doctrina[48], que ha enfatizado precisamente este hecho como necesario en materia de contratación.

---

46. Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras. En el Considerando 1 de la Directiva 18/2004/CE precisamente se hace alusión al hecho de la simplificación, puesto que se las identifica como necesarias para responder a las exigencias de simplificación y modernización formuladas tanto por los poderes adjudicadores como por los operadores económicos en el marco de las respuestas al Libro Verde adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996.
47. Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DOUE L 134, de 30 de abril de 2004).
48. Con anterioridad a la aprobación de la LCSP encontramos diversos autores que hacen hincapié en el factor de la simplificación de la Directiva 2004/18/CE: Ortega Carballo, Carlos, «Los Registros administrativos como instrumentos de publicidad y transparencia en la gestión de la contratación pública», en *Documentación Administrativa*, núm. 274-275, enero-agosto, 2006, monográfico titulado La nueva Ley de Contratos del Sector Público, pág. 94; Palomar Olmeda, Alberto, «La contratación administrativa utilizando medios electrónicos y telemáticos», en *Documentación Administrativa*, núm. 274-275, enero-agosto, 2006, monográfico titulado La nueva Ley de Contratos del Sector Público, págs. 139 y 142.

Ya antes de la aprobación de la Directiva 2004/18/CE, por ejemplo, MEDINA ARNÁIZ[49], indicaba en referencia a las propuestas de Directivas del año 2000[50], que éstas descansaban sobre un triple objetivo: modernización, simplificación y flexibilidad. Modernización para tener en cuenta las nuevas tecnologías; simplificación para aligerar normas demasiado detalladas y complejas; y flexibilidad para responder a las críticas sobre la excesiva rigidez de los procedimientos contractuales.

En efecto, diversos documentos comunitarios apuntaban en esta dirección, por lo que no es de extrañar que su contenido expositivo marcara la necesidad de simplificaciones en materia de contratos. En este sentido, el Libro Verde *La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro*[51], en su apartado 3.6, es bastante explícito al respecto:

> «La Comisión es consciente de la complejidad de los textos comunitarios, que puede explicar determinadas dificultades de incorporación y, sobre todo, de aplicación: se trata de una consecuencia directa de la propia complejidad de los aspectos que se desea resolver para conseguir los objetivos fijados. La Comisión está dispuesta a ofrecer a los Estados miembros que así lo soliciten toda la asistencia necesaria para facilitar la adecuada comprensión y la simplificación de los textos existentes en el marco de la incorporación de las directivas».

O en su apartado 3.9, donde se realiza una advertencia sobre una simplificación más concreta:

> «… la simplificación del proceso de publicación redundaría en un beneficio económico para el contribuyente, especialmente en el capítulo de traducción a las once lenguas oficiales».

O, finalmente, en su apartado 5.12:

---

49. MEDINA ARNÁIZ, Teresa, «El uso de los medios electrónicos en los procesos de contratación pública ¿realidad o ficción?», en *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías con Motivo del XX Aniversario de la Facultad de Derecho*, Coords. Alfonso MURILLO VILLAR y Santiago BELLO PAREDES, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2005, pág. 474.
50. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras –COM (2000) 275 final/2, de 30 de agosto de 2000 (DOCE C 29 E, de 30 de enero de 2001, págs. 1-111)– y la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía y de los transportes –COM (2000) 276 final/2, de 30 de agosto de 2000 (DOCE C 29 E, de 30 de enero de 2001, págs. 112-188)–.
51. Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de Noviembre de 1996, a propuesta del Señor Monti.

> «Por cuanto hace a la preparación de los procedimientos de contratación, las PYME verían indudablemente facilitada su participación si los poderes adjudicadores simplificasen y diesen mayor apertura a sus prácticas, mediante la formación de las personas responsables de la gestión de los contratos públicos, y el intercambio de funcionarios y de información sobre las prácticas más adecuadas en la materia».

En referencia a la contratación electrónica, también advertimos en la Directiva 2004/18/CE el ánimo de elaborar un texto que supusiera los cimientos básicos de una simplificación en los contratos electrónicos a medio plazo, es decir, en función del desarrollo tecnológico de los distintos Estados miembros. De esta forma, en el Considerando núm. 35 se advierte lo siguiente:

> «Habida cuenta de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones y de las simplificaciones que pueden implicar para la publicidad de los contratos y en términos de eficacia y transparencia de los procedimientos de adjudicación, conviene que los medios electrónicos estén en pie de igualdad con los medios clásicos de comunicación e intercambio de información. En la medida de lo posible, el medio y la tecnología elegidos deben ser compatibles con las tecnologías utilizadas en los demás Estados miembros».

Tal y como se puede advertir, son varias las cuestiones de interés las que se plasman en el referido Considerando.

Asimismo, incluso en lo que supone el manejo semántico de los conceptos se intentan simplificar los conceptos. Valga como ejemplo el art. 1.8 de esta Directiva 2004/18/CE:

> «El término "operador económico" designa tanto al "contratista" como al "proveedor" o al "prestador de servicios"».

En otros supuestos lo que se ha previsto es abreviar los tiempos de licitación, como modelo de simplificación temporal, hecho que también se destaca en el Considerando 38 de la Directiva:

> «La utilización de medios electrónicos permite ahorrar tiempo. Por consiguiente, deben establecerse reducciones de los plazos mínimos en caso de utilización de esos medios electrónicos, a condición, no obstante, de que sean compatibles con las modalidades específicas de transmisión previstas a escala comunitaria».

En el marco de la contratación parece que, de momento, los esfuerzos se han centrado en la reducción de plazos, aunque no en los procedimientos establecidos. Si bien con las nuevas tecnologías como instrumento al servicio de la simplificación, se han reducido los tiempos, sin embargo, en la mayoría de los supuestos no se han reducido los procedimientos. Somos firmes defensores en este sentido de las garantías que nos ofrecen los

procedimientos de contratación, hecho que analizado con un sentido crítico condiciona negativamente algunos razonamientos que a priori podrían ser favorables a las reducciones temporales de determinados trámites. Con esta exposición queremos defender abiertamente que las garantías contractuales deben quedar intactas en aquellos procedimientos en los que el legislador decida reducir los trámites en base a la utilización de las nuevas tecnologías. Por ello, entendemos que se pueden aplicar de forma consecuente criterios de «razonabilidad» técnico-administrativa y en su caso, contractuales, para garantizar los derechos de los administrados, ya en virtud de la aplicación de los trámites que son meramente administrativos –tramitación, deber de información, aplicación del principio de publicidad, presentación de ofertas, presentación de alegaciones y en su caso poder incoar los recursos pertinentes–, y los expresamente garantistas del proceso contractual, que en todo caso debemos concebirlos como trámites o procedimientos necesarios en materia de contratos. Aquí juega un papel fundamental el sentido común del legislador a la hora de poder diseñar los diversos procesos de actuación de la Administración, es decir, no por utilizar medios tecnológicos tiene que repercutir en el administrado como consecuencia de actuaciones, que por breves, se conviertan en insustanciales o perniciosas y en todo caso injustificadas. En muchas ocasiones, como ya indicamos con anterioridad, realmente lo que ocurre es que la Administración no cumple, por ejemplo, con los plazos, con independencia de que sean más o menos largos o breves.

3. EL PRINCIPIO DE SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA A PARTIR DE LA LCSP

Finalmente, debemos abordar la LCSP. Uno de los problemas que ha planteado la LCSP ha sido su gran número de modificaciones que forma directa o indirecta ha sufrido esta norma, con tres grandes modificaciones, el Real Decreto 817/2009[52], de 8 de mayo, la Ley 34/2010[53],

52. Real Decreto 817/2009, de 8 mayo, que desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30-10-2007, de Contratos del Sector Público, BOE de 15 mayo de 2009, núm. 118.

53. Ley 34/2010, de 5 de agosto, de codificación de las Leyes 30/2007, de 30-10-2007 (RCL 2007, 1964), de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30-10-2007, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13-7-1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras, BOE de 9 agosto de 2010, núm. 192.
En concreto ha afectado a la LCSP del siguiente modo: modifica (32) o añade (14) arts.: art. 1. 1: añade Secc. 1 de Capítulo V de Libro I; art. 1. 2: suprime Cap. VI de Título I de Libro I; art. 1. 2: añade Secc. 2 de Capítulo V de Libro; art. 1. 2: modifica art. 37; art. 1. 3: añade art. 310; art. 1. 3: añade art. 312; art. 1. 3: añade art. 314; art. 1. 3: añade art. 316; art. 1. 3: añade art. 318; art. 1. 10: modifica art. 35 ap. 1; art. 1. 9: modifica art. 34 ap. 1;

de 5 de agosto, y la Ley 2/2011[54], de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y un número amplio de modificaciones «menores»: Real Decreto-

art. 1. 8: modifica art. 31; art. 1. 7: añade art. 28 ap. 3; art. 1. 6: modifica art. 27 ap. 1; art. 1. 5: modifica art. 21 ap. 1; art. 1. 4: modifica art. 17 ap. 2; art. 1. 3: añade art. 320; art. 1. 3: añade art. 319; art. 1. 21: renumera art. 130 ap. 1 d). Pasa a ser ap. 1 e); art. 1. 21: modifica art. 130 ap. 1 d). art. 1. 21: modifica art. 130 ap. 1 c); art. 1. 20: modifica art. 100 ap. 1; art. 1. 19: modifica art. 99 ap. 1; art. 1. 18: modifica y renumera art. 96 ap. 2 d); art. 1. 18: suprime art. 96 ap. 2 c); art. 1. 18: modifica art. 96 ap. 2 d); art. 1. 18: modifica art. 96 ap. 2 b); art. 1. 17: modifica art. 92 ap. 1; art. 1. 16: modifica art. 91 ap. 4; art. 1. 16: modifica art. 91 ap. 1; art. 1. 15: modifica art. 87 ap. 1; art. 1. 14: modifica art. 83 ap. 1 párr. 1º; art. 1. 13: modifica art. 50 ap. 2 e); art. 1. 12: modifica art. 49 ap. 2 d); art. 1. 11: modifica art. 42 ap. 2; art. 1. 29: modifica art. 174 ap. 1 a); art. 1. 28: modifica art. 145 ap. 2; art. 1. 28: modifica art. 145 ap. 1; art. 1. 27: modifica art. 140; art. 1. 26: modifica art. 139 ap. 2; art. 1. 25: modifica art. 138; art. 1. 24: renumera en cuanto que el ap. 1 ha sido suprimido art. 137 ap. 2. pasa a ser ap. Único; art. 1. 23: modifica art. 136 ap. 4; art. 1. 22: modifica art. 135; art. 1. 37: modifica disp. adic. 27; art. 1. 36: añade disp. adic. 19 ap. 3; art. 1. 35: modifica disp. adic. 3; art. 1. 34: renumera art. 208 ap. 5. Pasa a ser ap. 4; art. 1. 34: renumera art. 208 ap. 4. Pasa a ser ap. 3; art. 1. 34: renumera art. 208 ap. 3. Pasa a ser ap. 2; art. 1. 34: renumera en cuanto que el antiguo ap. 1 ha sido suprimido art. 208 ap. 2. Pasa a ser ap. 1; art. 1. 34: suprime art. 208 ap. 1; art. 1. 33: renumera art. 206 letra i). Pasa a ser letra h); art. 1. 24: modifica rúbrica art. 137; art. 1. 24: suprime art. 137 ap. 1; art. 1. 38: modifica disp. final 7 ap. 2; art. 1. 38: modifica disp. final 7 ap. 1; art. 1. 33: renumera art. 206 letra h). Pasa a ser letra g); art. 1. 33: renumera art. 206 letra g). Pasa a ser letra f); art. 1. 33: renumera art. 206 letra f). Pasa a ser letra e); art. 1. 33: renumera en cuanto que la antigua letra d) ha sido suprimida art. 206 letra e). Pasa a ser letra d); art. 1. 33: suprime art. 206 letra d); art. 1. 31: añade art. 186 ap. 6; art. 1. 31: añade art. 182 ap. 5; art. 1. 30: modifica art. 181 ap. 3; art. 1. 3: añade art. 317; art. 1. 3: añade art. 315; art. 1. 3: añade art. 313; art. 1. 3: añade art. 311; art. 1. 3: añade Libro VI; art. 1. 2: modifica art. 39; y art. 1. 2: modifica art. 38).

54. Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, BOE de 5 marzo de 2011, núm. 55. En concreto ha afectado a la LCSP del siguiente modo: modifica (31) o añade (4) 35 arts.: disp. final 16. 2: modifica art. 11; disp. final 16. 4: añade Cap. III de Título II de Libro I; disp. final 16. 3: modifica art. 20 ap. 2; disp. final 16. 6: modifica art. 91 ap. 1 párr. 2º; disp. final 16. 7: añade art. 92 BIS; disp. final 16. 7: añade art. 92 QUARTER; disp. final 16. 8: modifica art. 118; disp. final 16. 10: modifica art. 158 letra b); disp. final 16. 18: modifica art. 217; disp. final 16. 17: modifica art. 216; disp. final 16. 16: modifica art. 210 ap. 7; disp. final 16. 15: añade art. 208 ap. 6; disp. final 16. 15: añade art. 208 ap. 5; disp. final 16. 14: modifica art. 207; disp. final 16. 13: modifica art. 206; disp. final 16. 12: modifica art. 202; disp. final 16. 11: modifica art. 195; disp. final 16. 27: modifica art. 244; disp. final 16. 26: modifica art. 243; disp. final 16. 25: modifica art. 241; disp. final 16. 24: modifica art. 233; disp. final 16. 23: modifica art. 232; disp. final 16. 22: modifica art. 226; disp. final 16. 21: modifica art. 225; disp. final 16. 20: modifica art. 221; disp. final 16. 19: modifica art. 220; disp. final 55: modifica con efectos de 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida, art. 8 ap. 1; disp. final 16. 34: añade disp. adic. 35; disp. final 16. 35: modifica disp. final 8 ap. 2; disp. final 16. 33: modifica art. 309 ap. 1; disp. final 16. 32: modifica art. 284; disp. final 16. 31: modifica art. 282; disp. final 16. 30: modifica art. 275; disp. final 16. 29: modifica art. 272; disp. final 16. 28: modifica art. 258; disp. final 16. 9: modifica art. 155 letra b); disp. final 16. 7: añade art. 92; disp. final 16. 7: añade art. 92; disp. final 16. 7: añade Tít. V de Libro I; disp. final 16. 5: modifica art. 76 ap. 1; y disp. final 16. 4: añade art. 73 BIS.

ley 5/2011[55], de 29 de abril, Ley 35/2010[56], de 17 de septiembre, Ley 14/2010[57], de 5 de julio, Ley 15/2010[58], de 5 de julio, Real Decreto-ley 8/2010[59], de 20 de mayo, Real Decreto-ley 6/2010[60], de 9 de abril, Orden EHA/3497/2009[61], de 23 de diciembre y la Orden EHA/3875/2007[62] –derogada–, de 27 de diciembre.

---

55. Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas, BOE 6 mayo 2011, núm. 108.
En concreto ha afectado a la LCSP del siguiente modo: art. 7: modifica el art. 49 ap. 1 c) LCSP (entra en vigor el 1-8-2011).
56. Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, BOE de 18 septiembre de 2010, núm. 227.
En concreto ha afectado a la LCSP del siguiente modo: deroga: Disp. derog. única. 1 c): deroga a partir del 1-4-2011 disp. adic. 5).
57. Ley 14/2010, de 5 de julio, de Infraestructuras y los servicios de información geográfica en España, BOE de 6 julio de 2010, núm. 163.
En concreto ha afectado a la LCSP del siguiente modo: añade: disp. adic. 6: añade art. 83 ap. 4.
58. Ley 15/2010, de 5 de julio, Modificación de la Ley 3/2004, de 29-12-2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, BOE de 6 julio de 2010, núm. 163.
En concreto ha afectado a la LCSP del siguiente modo: añade (2) o modifica (1) 3 arts.: art. 3. 2: añade art. 200 BIS; art. 3. 3: añade disp. transit. 8; art. 3. 1: modifica art. 200 ap. 4. Téngase en cuenta, a los efectos de la aplicación del ap. 4, lo establecido en la disp. transit. 8ª de esta Ley añadida por art. 3.3 de Ley 15/2010, de 5 julio).
59. Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, BOE 24 mayo 2010, núm. 126.
En concreto ha afectado a la LCSP del siguiente modo: añade: art. 13 –añade disp. adic. 34–.
60. Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, BOE 13 abril 2010, núm. 89.
En concreto ha afectado a la LCSP del siguiente modo: modifica 3 arts: art. 4. 1: modifica art. 49 ap. 1 b); art. 4. 2: modifica art. 208 ap. 5; art. 4. 3: modifica art. 209 ap. 2 b).
61. Orden EHA/3497/2009, de 23 de diciembre, por la que se hacen públicos los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación administrativa a partir del 1 de enero de 2010, BOE 29 diciembre 2009, núm. 313.
En concreto ha afectado a la LCSP del siguiente modo: añade o modifica 13 arts: art. único: modifica art. 125 ap. 1 a); art. único: modifica art. 38 ap. 1; art. único: modifica art. 14 ap. 1; art. único: modifica art. 15 ap. 1 a); art. único: modifica art. 15 ap. 1 b); art. único: modifica art. 16 ap. 1 a); art. único: modifica art. 16 ap. 1 b); art. único: modifica art. 17 ap. 1 a); art. único: modifica art. 17 ap. 1 b); art. único: modifica art. 24 ap. 1; art. único: modifica art. 37 ap. 1; art. único: modifica art. 121 ap. 1; art. único: modifica art. 138 ap. 3; art. único: modifica art. 250 ap. 2; art. único: modifica disp. transit. 7 ap. 1 b); y art. único: modifica disp. transit. 7 ap. 2.
62. Orden EHA/3875/2007, de 27 de diciembre, por la que se hacen públicos los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación administrativa a partir de 1 de enero de 2008, BOE 31 diciembre 2007, núm. 313.
En concreto ha afectado a la LCSP del siguiente modo: modifica 16 arts.: art. 2: modifica art. 125 ap. 1 a); art. 2: modifica art. 38 ap. 1; art. 2: modifica art. 14 ap. 1;

Con la gran cantidad de modificaciones que se han realizado, como se puede comprobar en las notas a pie de página, es difícil poder explicar que nos encontramos ante una legislación sencilla, sino muy al contrario, y en todo caso muy lejos de la primera acepción conceptual que proponíamos en la *Introducción* a este estudio.

No obstante lo anteriormente afirmado, la LCSP ha plasmado en su Preámbulo, precisamente, esa legítima aspiración que supone la simplificación. Así, podemos leer:

> «(…) o, en fin, asumiendo las nuevas tendencias a favor de la desmaterialización de los procedimientos, optando por la plena inserción de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en el ámbito de la contratación pública, a fin de hacer más fluidas y transparentes las relaciones entre los órganos de contratación y los operadores económicos.
>
> (…)
>
> Obligadamente, la nueva Ley viene también a efectuar una revisión general de la regulación de la gestión contractual, a fin de avanzar en su simplificación y racionalización, y disminuir los costes y cargas que recaen sobre la entidad contratante y los contratistas particulares. Esta revisión ha afectado, de forma particular, al sistema de clasificación de contratistas, a los medios de acreditación de los requisitos de aptitud exigidos para contratar con el sector público, y a los procedimientos de adjudicación, elevando las cuantías que marcan los límites superiores de los simplificados –procedimiento negociado y el correspondiente a los contratos menores– y articulando un nuevo procedimiento negociado con publicidad para contratos no sujetos a regulación armonizada que no superen una determinada cuantía».

Como decíamos, un deseo, porque por el momento su regulación queda a años luz de poder establecer indicios racionales de simplificación.

No obstante son dos los preceptos que apuntan hacia la simplificación. El primero de ellos ha sido al ya analizado con anterioridad –art. 124 de Real Decreto Legislativo 2/2000–; ahora ha sido dispuesto en la LCSP con una numeración distinta, con una variación en la cifra límite de los contratos afectados y con una pequeña variación en su parte final,

---

art. 2: modifica art. 15 ap. 1 b); art. 2: modifica art. 15 ap. 1 a); art. 2: modifica art. 16 ap. 1 b); art. 2: modifica art. 17 ap. 1 a); art. 2: modifica art. 24 ap. 1; art. 2: modifica art. 37 ap. 1; art. 2: modifica art. 138 ap. 3; art. 2: modifica art. 250 ap. 2; art. 2: modifica disp. transit. 7 ap. 2; art. 2: modifica disp. transit. 7 ap. 1 b); art. 2: modifica art. 121 ap. 1; art. 2: modifica art. 17 ap. 1 b); y art. 2: modifica art. 16 ap. 1 a).

nos estamos refiriendo al art. 107.2 LCSP –Contenido de los proyectos y responsabilidad derivada de su elaboración–:

> «No obstante, para los proyectos de obras de primer establecimiento, reforma o gran reparación inferiores a 350.000 euros, y para los restantes proyectos enumerados en el artículo anterior, se podrá simplificar, refundir o incluso suprimir, alguno o algunos de los documentos anteriores en la forma que en las normas de desarrollo de esta Ley se determine, siempre que la documentación resultante sea suficiente para definir, valorar y ejecutar las obras que comprenda. No obstante, sólo podrá prescindirse de la documentación indicada en la letra g) del apartado anterior *[g) El estudio de seguridad y salud o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud, en los términos previstos en las normas de seguridad y salud en las obras.]* en los casos en que así esté previsto en la normativa específica que la regula.» –el inciso y la cursiva es nuestra–.

El segundo de los preceptos es el art. 186.2 LCSP –Adjudicación de contratos en el marco de un sistema dinámico de contratación–:

> «Cuando, por razón de su cuantía, los contratos a adjudicar estén sujetos a regulación armonizada, antes de proceder a la licitación los órganos de contratación publicarán un anuncio simplificado[63], en los medios que se detallan en el artículo 126, invitando a cualquier empresario interesado a presentar una oferta indicativa, en un plazo no inferior a quince días, que se computarán desde el envío del anuncio a la Unión Europea. Hasta que se concluya la evaluación de las ofertas indicativas presentadas en plazo no podrán convocarse nuevas licitaciones».

Podríamos añadir un tercer ejemplo aunque con un contenido optativo, nos estamos refiriendo al recogido en el art. 135.2 LCSP[64] –Clasificación de las Ofertas, adjudicación del contrato y notificación de la adjudicación- en el que se da la posibilidad al licitador que hubiese presentado la oferta económicamente más ventajosa a autorizar al órgano de contratación para que obtenga de forma directa la acreditación de la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social.

Teniendo en cuenta las aportaciones anteriores de la LCSP en materia de medios electrónicos, informáticos y telemáticos ahora nos vamos

---

63. Anuncio simplificado que explica su condición porque anteriormente se ha publicado un anuncio de licitación en el que ha de haberse indicado que pretende establecerse un sistema dinámico de adquisición.
64. Apartado modificado por la Ley 34/2010, de 5 de agosto. Para un estudio más detallado se puede consulta la obra de Moreno Molina, José Antonio, *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la LCSP, la LCSE y la LJCA*, Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2006.

a ocupar de ciertas disposiciones que hagan visible el camino hacia una simplificación contractual efectiva[65].

En el sentido indicado resulta obligado mencionar, en primer lugar, la falta de decisión del legislador comunitario a la hora de dejar –en materia de transposición de las nuevas tecnologías en la materia de contratos públicos– excesiva libertad a los Estados miembros en cuanto a la decisión de qué y hasta donde regular en materia de contratos las posibilidades que ofrecía la Directiva 2004/18/CE[66].

La reducción de plazos[67] por medio de la utilización de las nuevas tecnologías es otro de los puntos calientes en la regulación de la LCSP al que debemos añadir otro elemento: la tramitación urgente –art. 96 LCSP– y su aplicación en los distintos procedimientos. Se trata de una tramitación urgente respecto a contratos cuya celebración responda exclusivamente a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por motivos de interés público. Se trata de un precepto que no es nuevo, puesto que el art. 71 TRLCAP contenía una redacción muy similar. De todas formas la reducción respecto a los procedimientos «normales» es significativa:

Tramitación Urgente del expediente [art. 96.2.b) LCSP]:

a) Procedimientos restringidos:

a1) El plazo para la presentación de solicitudes de participación –desde el envío del anuncio de licitación–:

a11) Procedimiento normal (medios tradicionales): plazo mínimo 15 días naturales.

a12) b) Medios electrónicos, informáticos o telemáticos: se reducirá hasta 10 días naturales (se reduce 5 días respecto al procedimiento normal= -5).

a2) Art. 150.4: Plazo para facilitar la información, suplementaria: Se reducirá a 4 días naturales (se reduce de 6 a 4=-2).

a3) Art. 151.1 LCSP: el plazo para la presentación de proposiciones: Podrá reducirse hasta diez días naturales.

---

65. Con carácter general, sobre todo el tema de nuevas tecnologías aplicadas a la contratación se puede seguir nuestro libro La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009.
66. El tema ya lo tratamos en La utilización de medios electrónicos…, *Op. cit.*, págs. 27 y ss.; por tanto remitimos a dicha obra para profundizar más sobre el tema.
67. Téngase en cuenta que la regulación de los plazos se encuentra en la Disposición Adicional decimoquinta; para estudiar más en profundidad este tema consúltese La utilización de medios electrónicos…, *Op. cit.*, págs. 98 y ss.

b) Procedimientos negociados:

b1) Art. 151.1 LCSP: el plazo para la presentación de proposiciones: Podrá reducirse hasta diez días naturales.

b2) Art. 161.1: proceda la publicación de un anuncio de la licitación. El plazo para la presentación de solicitudes de participación (Desde el envío del anuncio de licitación):

b21) Procedimiento normal (medios tradicionales): plazo mínimo 15 días naturales.

b22) Medios electrónicos, informáticos o telemáticos: se reducirá hasta 10 días naturales (se reduce 5 días respecto al procedimiento normal= -5)

Proposiciones:

A) Art. 151.1 LCSP: el plazo para la presentación de proposiciones –a partir de la fecha del envío de la invitación: Podrá reducirse hasta diez días naturales–.

a) Tramitación normal: recepción de ofertas (presentación de proposiciones):

a1) Plazo mínimo no inferior a 40 días naturales.

a2) Cuando se ofrezca acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos: plazo mínimo no inferior a 35 días naturales.

b) Tramitación urgente: el plazo para la presentación de proposiciones –a partir de la fecha del envío de la invitación para presentar ofertas–:

b1) El plazo para la presentación de proposiciones:

b11) El plazo puede reducirse hasta los 10 días naturales (se reduce de 40 a 10 días naturales).

b12) Si se utilizan medios electrónicos, informáticos o telemáticos: el plazo se reduce a 5 días naturales.

B) Contratos de obras, suministros y servicios:

B1) Art. 125 LCSP:

a) Con anuncio previo:

a1) Norma general: el plazo podrá reducirse hasta 36 días naturales.

a2) Casos excepcionales justificados: el plazo podrá reducirse hasta 22 días naturales.

B2) Art. 148.1 LCSP. Procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada:

a) Norma general: plazo no inferior a 37 días naturales: 30 días naturales si se utilizan medios electrónicos, informáticos o telemáticos (37-7).

b) Norma especial: contratos de concesión de obra pública (recepción de solicitudes de participación):

b1) Plazo no inferior a 52 días naturales.

b2) 45 días naturales si se utilizan medios electrónicos, informáticos o telemáticos (52-7).

c) Trámite de urgencia: art. 96.2.b):

a) Normal: 15 días naturales.

b) Si se utilizan medios electrónicos, informáticos o teemáticos: 10 días naturales.

Procedimientos negociados: artículo 150.4: plazo para facilitar la información, suplementaria (Se reducirá a 4 días naturales [se reduce de 6 a 4=-2]).

Procedimiento abierto. Plazo para la presentación de proposiciones –art. 143 LCSP–:

Contratos de obras, suministros y servicios –art. 125 LCSP–:

a1) Con anuncio previo:

a11) Norma general:

a111) El plazo podrá reducirse hasta 36 días naturales.

a112) Si los anuncios se preparan y envían por medios electrónicos, informáticos o telemáticos: 29 días naturales (36-7).

a12) Casos excepcionales justificados:

a121) El plazo podrá reducirse hasta 22 días naturales.

a122) Si los anuncios se preparan y envían por medios electrónicos, informáticos o telemáticos: 15 días naturales (22-7).

b) Tramitación urgente: art. 96.2. b): no se puede reducir, según indica el propio artículo 96.2.b).

Otra de las herramientas básicas para la efectiva simplificación contractual pública son los diversos instrumentos que tienen como una base importante la utilización de las nuevas tecnologías. El uso de la firma electrónica ha potenciado las posibilidades de contratación electrónica. Así ha sido entendido por el legislador comunitario a la hora de surtir de elementos tecnológicos que hagan posible con eficacia y seguridad el uso de las nuevas tecnologías. Primero sentando las bases sobre la regulación propia de la firma electrónica[68] y, posteriormente, incluyendo

68. Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica –DO L 13 de 19 de enero de 2000, pág. 12–, que en nuestro Derecho fue la norma base de transposición respecto de la cual se ha ido legislando y desarrollado la Firma Electrónica. La primera norma que la transpuso fue el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre Firma Electrónica, que como se recordará, utilizó la vía

las oportunas referencias en la Directiva 2004/18/CE –Considerando 37, art. 41.5.b) y Anexo X– y en la LCSP –Disposición Adicional decimonovena, apartados f) y h)–.

La LCSP ha utilizado una técnica legislativa discutible a la hora de implantar los instrumentos electrónicos, informáticos y telemáticos, pero al menos, si lo entendemos como un consuelo de carácter básico, ha plantado las semillas de posibles desarrollos futuros más concretos y profundos. Como consecuencia de lo indicado, en la LCSP se ha realizado una condensación de normas en la Disposición Adicional decimonovena de la LCSP.

En cuanto a las distintas aplicaciones resultantes, el instrumento estrella son las notificaciones electrónicas[69]. Como ya indicamos en otros

---

extraordinaria contemplada en el art. 86 CE sin demasiada justificación, pero que sin duda nos situó a la cabeza en fa articulación y desarrollo de la sociedad de la información y el comercio electrónico –BOE núm. 224 de 18 de septiembre de 1999–. Posteriormente se aprobó la norma vigente en la actualidad: la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica –BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2003–.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 –Ley 13/1995, de 18 mayo– incluía el art. 174 –Tratamiento de la información y telecomunicaciones–, texto que fue modificado sustancialmente por la Ley 53/1999, de 28 diciembre 13) y mantenido como art. 173 por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas –Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 junio hasta su derogación efectuada por la Disposición Derogatoria única, a) de la Ley de Contratos del Sector Público–.

Posteriormente al Real Decreto-Ley 2/2000 encontramos el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas –Real Decreto 1098/2001, de 12 octubre– en cuyo texto sí encontramos ya alguna referencia más precisa en lo que al uso de las nuevas tecnologías se refiere, sin duda alguna aprovechando las posibilidades que ofrecía el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, de Firma Electrónica.

69. Por razón de tiempo y espacio no vamos a tratar las «certificaciones electrónicas». Por tanto sólo apuntar que en la LCSP, con carácter general, es importante la regulación que se contiene en el art. 72, dedicado a las certificaciones de Registros Oficiales de Licitadores y Empresas Clasificadas y la DA decimonovena j), 130.3 y 303.1.

La factura electrónica, otro instrumento del cual vamos a prescindir en el presente trabajo también ha ser considerada, más que un elemento simplificador, como de reducción de costes. Téngase en cuenta que La factura electrónica se define por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007), como aquel documento electrónico que además de cumplir con los requisitos que legal y reglamentariamente son exigibles a las facturas garantiza la autenticidad de su origen y la integridad de su contenido, lo que conlleva que el emisor no pueda repudiar la factura.

Otro tanto podríamos indicar del perfil de contratante se encuentra regulado en el art. 42 LCSP, aunque existen referencias a esta figura en varios artículos LCSP: art. 37.6, 1264, 125.2 y 3, 135.3 y 4, 138.1, 175.b) y c), 176.3, 181.2 y 309.1 –regulado en la el art. 35 y en el anexo VIII de la Directiva 2004/18/CE–.

El apartado primero del art. 42 dispone que con el fin de asegurar la transparencia y el acceso público a la información relativa a su actividad contractual, que los

estudios, En la LCSP son numerosas las ocasiones en las que se tiene que recurrir al concepto de notificación, aunque de todas estas alusiones que hace la LCSP, la que más nos interesa en la Disposición Adicional decimonovena, 1.e) –Uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley– (Véase en Anexo 1.6. Artículos Notificaciones electrónicas). Su contenido es el siguiente: «Las aplicaciones que se utilicen para efectuar las comunicaciones, notificaciones y envíos documentales entre el licitador o contratista y el órgano de contratación deben poder acreditar la fecha y hora de su emisión o recepción, la integridad de su contenido y el remitente y destinatario de las mismas. En especial, estas aplicaciones deben garantizar que se deja constancia de la hora y la fecha exactas de la recepción de las proposiciones o de las solicitudes de participación y de cuanta documentación deba presentarse ante el órgano de contratación»[70].

En referencia a los procedimientos de adjudicación, son varios con los instrumentos que contamos, pero seguramente sea la subasta electrónica el procedimiento «tecnológico» más significativo.

La subasta electrónica es una de las novedades más relevantes in-

---

órganos de contratación deben difundir, a través de Internet, su perfil de contratante, sin perjuicio de la utilización de otros medios de publicidad: a) los previstos especialmente por la LCSP, b) los exigidos por normas autonómicas de desarrollo, y c) por otros medios que voluntariamente se decidan.

El perfil del contratante supone una novedad en materia de contratos, y se establece, como bien señala CHINCHILLA MARÍN (CHINCHILLA MARÍN, Carmen, «La nueva ley de contratos del sector público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 79, septiembre-diciembre, 2007, pág. 66.) como un «mecanismo de refuerzo», sin que sustituya a los medios tradicionales de comunicación.

70. Este apartado ha venido a reproducir el art. 4.3 de la Orden 1307/2005, de 29 de abril (BOE de 13 mayo de 2005, núm. 114) con una salvedad, que se ha introducido un elemento, el concepto de integridad: integridad de su contenido.

De todas formas, y con carácter general, téngase en cuenta la Orden EHA 1307/2005, que regula el empleo de medios electrónicos en los procedimientos de contratación, nos indica en su art. 4.1 –Régimen de las comunicaciones y notificaciones telemáticas– que en todo lo no previsto en dicha Orden, la validez y los efectos jurídicos de las comunicaciones y de las notificaciones telemáticas se regirán por lo establecido en el art. 59 de la LRJPAC y que el apartado tercero, es decir, el que se dedica a las notificaciones que se debieran practicar utilizando medios telemáticos, quedó derogado por la Disposición derogatoria única de la LAECSP, motivo por el cual en la actualidad rigen para las notificaciones telemáticas, básicamente, el art. 28 LAECSP.

En cuanto a las notificaciones, en sentido amplio, puede consultarse, principalmente, el artículo el artículo 135 LCSP –Clasificación de las ofertas, adjudicación del contrato y notificación de la adjudicación–.

Y finalmente, en el ámbito de la LAECSP, fundamentalmente, el art. 28.

troducidas por la Directiva 2004/18/CE –Considerando 14 y art. 54–. Su regulación básica se encuentra encuadrada en el art. 132 LCSP donde se establece que podrá emplearse en los procedimientos abiertos, en los restringidos, y en los negociados que se sigan en el caso previsto en el artículo 154 a), siempre que las especificaciones del contrato que deba adjudicarse puedan establecerse de manera precisa y que las prestaciones que constituyen su objeto no tengan carácter intelectual. No podrá recurrirse a las subastas electrónicas de forma abusiva o de modo que se obstaculice, restrinja o falsee la competencia o que se vea modificado el objeto del contrato. Es interesante hacer observar, siguiendo la línea de argumentos propuesta por SOLAS RAFECAS y SASTRE BECEIRO[71], que supone una ruptura con esta vieja estructura procedimental y rígida puesto que, una vez que los licitadores han presentado sus correspondientes proposiciones, el poder adjudicador procede «a una primera evaluación completa de las ofertas de conformidad con el (los) criterio(s) de adjudicación y con su ponderación, tal como se hayan establecido»[72]. Como ya hemos expuesto en otro punto del presente estudio, se trata de un proceso iterativo, que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas, para la presentación de mejoras en los precios o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas

71. SOLAS RAFECAS, José María, y SASTRE BECEIRO, Mónica, Comentario al artículo 75 –Subasta y Concurso–, en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, T III –La gestión del contrato–, Ariño y Asociados, Granada, 2005, pág. 79.

72. Efectivamente, SOLAS RAFECAS y SASTRE BECEIRO, «Comentario…», *Op. cit.*, pág. 79, exponen con un claro contenido didáctico: «La subasta electrónica significa un cambio muy profundo en cuanto a la idea tradicional de cuál debía ser la actitud, la participación de los particulares interesados en contratar con las Administraciones Públicas. Desde las primeras regulaciones de la contratación administrativa en España del siglo XIX, pasando por la legislación de contratos del Estado y de la Administración Local del siglo pasado y hasta la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, siempre se ha partido de la concepción de que los licitadores sólo podían formular una proposición por contrato (artículo 80 TRLCAP), ajustada al modelo establecido en el pliego de condiciones administrativas particulares (artículo 79.1 TRLCAP), secreta hasta el momento de la licitación pública (artículo 79.1 TRLCAP) y, por supuesto, inmodificable a lo largo de todo el procedimiento de adjudicación del contrato. Únicamente en el caso del concurso también siempre se han admitido variantes o alternativas en las proposiciones "cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad" (artículo 87.1 TRLCAP). Se trata, por tanto, de una concepción de la intervención de los licitadores en la formación del contrato de la Administración sumamente rígida, que veda completamente la posibilidad de que éstos, a la vista de las circunstancias y, en especial, de las proposiciones presentadas a la licitación, puedan mejorar las suyas y con ello ofrecer al órgano de contratación unas condiciones del contrato más idóneas para la satisfacción de la necesidad pública que el contrato persigue».

que las mejoren en su conjunto, basado en un dispositivo electrónico que permita su clasificación a través de métodos de evaluación automáticos –art. 1.7 Directiva 2004/18/2004 y art. 132 LCSP–. Por tanto, es un «mecanismo de mejora de las ofertas» que entra en juego tras una primera evaluación de la misma, por lo tanto podemos concluir que no se trata de un procedimiento de adjudicación. Como puede verse en su regulación en el seno de la LCSP, es un mecanismo que puede utilizarse cuando las especificaciones del contrato que deba adjudicarse puedan establecerse de manera precisa y que las prestaciones que constituyen su objeto no tengan carácter intelectual[73].

En cuanto al Sistema Dinámico de Contratación[74] –en adelante SDC– también vamos a realizar un breve comentario en relación con la simplificación. Se trata de un proceso de adquisición enteramente electrónico para compras de uso corriente, cuyas características generalmente disponibles en el mercado satisfacen las necesidades del poder adjudicador, limitado en el tiempo y abierto durante toda su duración a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección y haya presentado una oferta indicativa que se ajuste al pliego de condiciones –art. 1.6 Directiva 2004/18/CE–.

Es importante resaltar que el SDC el sistema dinámico de contratación se desarrollará de acuerdo con las normas del procedimiento abierto a lo largo de todas sus fases y hasta la adjudicación de los correspondientes contratos –art. 184.1 LCSP–. Hay que tener en cuenta que desde la publicación del anuncio y hasta la expiración del sistema, se ofrecerá acceso sin restricción, directo y completo, por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, a los pliegos y a la documentación complementaria... –art. 184.2.c) LCSP– lo que sin dudas supone una forma de acceso rápida y directa a la distinta información que ofrece el pro-

73. Estos supuestos tienen su reminiscencia en el contenido de fondo del Considerando décimo cuarto de la Directiva 2004/18/CE, tratándose de elementos que puedan ser sometidos a una evaluación automática por medios electrónicos, sin intervención ni evaluación del poder adjudicador en definitiva elementos que sean cuantificables, de modo que puedan expresarse en cifras o en porcentajes, razón por la cual se excluyen obviamente aquellos elementos que sean imprecisos y las que tengan carácter intelectual. En el art. 1.7, parágrafo 2.° de la Directiva 18/2004/CE, especialmente se dice que no podrán ser objeto de subastas electrónicas determinados contratos de servicios y determinados contratos de obras cuyo contenido implique el desempeño de funciones de carácter intelectual, como la elaboración de proyectos de obras.

74. En la Directiva 2004/18/CE se regula este sistema en los arts. 1.6, 33, 41, 42.2 y 5 y 43; arts. 183 a 183, básicamente, de la LCSP.

ceso. Por tanto, como ya advertimos en otro estudio[75], hay que poner de relieve que esta técnica de adquisición permitirá, mediante la creación de una lista de licitadores ya aceptados y la posibilidad ofrecida a nuevos licitadores de integrarse en ella, que los poderes adjudicadores dispongan de una gama especialmente amplia de ofertas –gracias a los medios electrónicos utilizados–, garantizando así una utilización óptima de los fondos públicos mediante una amplia competencia, de donde se deduce que dos de sus características más importantes son que se trata de un proceso de adquisición enteramente electrónico y que va a desarrollarse con las normas del procedimiento abierto.

Finalmente queremos poner de relieve, como ya hemos apuntado en el presente apartado, que las normas especiales sobre contratación se encuentran condensadas, con carácter general, en la disposición adicional decimoctava y disposición adicional decimonovena. De estas disposiciones podríamos resaltar algunos elementos importantes en orden a la simplificación contractual, por ejemplo, el hecho de que las comunicaciones e intercambios de información que deban efectuarse en los procedimientos regulados en la LCSP podrán hacerse por correo, por telefax, o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, lo cual supone para los licitadores un importante punto de apoyo y de reducción de tiempo y de costes importante.

4. CONCLUSIONES

El hecho de que las distintas actividades que desarrollan las Administraciones Públicas tenga una repercusión directa e inmediata en las actividades que desarrollan las personas físicas o jurídicas supone que en los últimos años se haya tomado una conciencia especial en cuanto a las técnicas de simplificación. En este contexto, excesivas cargas administrativas o una burocracia desajustada a las finalidades de la contratación pública, podrían ser elementos desestabilizadores de la economía española y, por extensión, de la Unión Europea.

En España, la existencia de una descentralización política y administrativa compleja, en muchos casos ha coadyuvado a crear situaciones administrativas, legislativas, de gestión y de oportunidad, que en muchos casos quedan imbricadas en contextos que resultan incompatibles entre sí, hecho que incide en una heterogeneidad en ciertos casos mal asumible por los ciudadanos en sus relaciones con la Administración.

---

75. PUNZÓN MORALEDA y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *La utilización…, Op. cit.,* pág. 167. Para un estudio en más profundidad estúdiense las páginas 165 a 178.

El proceso integral de simplificación administrativa al que asistimos en estos momentos, y concretado en diversos aspectos de la LCSP, debe ser entendido como un inicio en el camino de acciones futuras que desarrollen los contratos del sector público. Se deberían hacer hincapié en situaciones y hechos concretos que con un ligero esfuerzo de las distintas Administraciones Públicas, podrían ayudar a que los ciudadanos, en general, puedan resolver mejor sus relaciones interadministrativas. El hecho de que alrededor del 75% de la documentación que nos solicita la Administración obre en su poder, sin tenemos en cuenta todos los estratos de las Administraciones Públicos, no deja de ser un dato para pensar en que hay ciertos mecanismos, regulaciones, o actuaciones, en su caso, que no funcionan o no están ajustadas a medidas simplificativas que podrían ayudar a los ciudadanos.

Desde nuestro punto de vista, la Unión Europea se debería realizar un esfuerzo encaminado a simplificar varios temas relacionados con la contratación. En primer lugar, simplificar las normas existentes y legislar solamente cuando sea necesario; en segundo lugar, simplificar los distintos procedimientos de adjudicación; en tercer lugar, establecer incentivos para establecer y fomentar el uso de la administración electrónica aplicada a la contratación; en cuarto lugar, incentivar a los Estados de la Unión Europea que no han apostado por la Administración electrónica, o que lo han hecho, pero sólo la han implantado de forma aislada; en quinto lugar, establecer sistemas electrónicos que sean interoperables entre si, tanto en los niveles descentralizados de la Administración como entre los distintos Estados; en sexto lugar, establecer sistemas de seguridad similares, para lo cual podría utilizarse algún sistema de firma electrónica que fuese idéntico para todos los interoperadores de las redes de contratación de la Unión Europea; en séptimo lugar, eliminar cargas administrativas relacionadas con la documentación que se tiene que presentar en las distintas licitaciones, sobre todo cuando dicha documentación obra en manos de la Administración; en octavo lugar, establecer la obligatoriedad de la expedición de facturas de forma electrónica, con independencia, en estos primeros niveles de actuación, de cómo se haya desarrollado el procedimiento de contratación.

Finalmente, expondremos de forma sintética los aspectos de mayor relieve que hemos podido tratar a lo largo del trabajo sobre las ventajas de la simplificación:

– *Menores costes*[76] (aplicación del principio de eficiencia administra-

76. Sobre el tema se han ocupado diversos documentos de origen comunitario: Libro

tiva): ya en el Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la situación de la Contratación Pública[77], se le dedica cierta atención al tema que tratamos, aportando una visión de conjunto del problema en el punto 3 del Capítulo IV: «Eficiencia económica, simplificación administrativa y nuevas tecnologías». Se hace especial hincapié en los obstáculos que se deben salvar al respecto –a) excesiva complejidad de la tramitación de los expedientes de contratación; b) costes de transacción para las empresas–, así como en determinados medios que pueden ayudar a «mediatizar» en positivo el problema –a) en sentido general, el uso de la electrónica, informática y telecomunicaciones–; b) la normalización de protocolos, formatos y lenguajes informáticos; y c) la existencia y un despliegue de una infraestructura de seguridad de la información y de las comunicaciones.

En Irlanda, por indicar un ejemplo más concreto, las estimaciones revisadas indicaban, para el período 2003-2008, que los ahorros potenciales serían de 1.000 millones de euros, suma que duplicaba las estimaciones iniciales [Primer Informe sobre la aplicación de la Estrategia para el mercado interior (2003-2006)]. No obstante, estableciendo un sistema más competitivo y eficaz de contratación pública, se podrían disminuir,

---

Verde sobre la contratación, pág. 25 y pág. 27, apartado 4.17; Comunicación COM (98) 143, pág. 3; COM (2003) 567 final, apartado 4.2.4; COM (2004) 841 final, pág. 10; Plan de acción 12070 sobre e-government-2006.

Las estimaciones de diversos autores no se corresponden entre sí, pero si no sirven para hacernos una idea de cuáles son los montantes económicos de los que estamos hablando. Así, por ejemplo, FERNÁNDEZ ASTUDILLO (*Contratación Pública,* Tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 2008, pág. 66) sostiene que desde un punto de vista económico, los contratos públicos representan, dentro de la Unión Europea, aproximadamente algo más del 11% de su PIB (1998). Con este % coincide PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 447.

Para BERNAL BLAY («Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, monográfico núm. 10, 2008, pág. 212) nos indica que la contratación pública en España supone alrededor del 18% del PIB, y más del 25% del PIB en algunos Estados de la Unión Europea.

Sin embargo, para MORENO MOLINA y PLEITE GUADAMILLAS (*La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, 2ª ed., Ed., La Ley, Madrid, 2009, pág. 37), indican que según datos de la Comisión Europea, los contratos de las Administraciones Públicas suponen alrededor de un 16% del Producto Interior Bruto comunitario, es decir, alrededor de 1.500.000 millones de euros. Véase el informe y las estadísticas sobre la contratación pública elaborados por la Dirección General del Mercado Interior de la UE, disponibles en *http://ec.europa.eu/internal_market/en/publproc/general/index.htm*.

77. Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la situación de la Contratación Pública, Ed. Ministerio de Hacienda, 2004, entre los que participaron prestigiosos administrativistas, como por ejemplo: Gaspar ARIÑO y Antonio JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ.

según estudios comunitarios, en un 5% los gastos y ahorrar más de 70.000 millones de euros (COM/2003/0238 final).

Se podrían incluir más datos, pero estimamos que los aportados son suficientemente relevantes como para ser conscientes de la repercusión económica en el marco de la Unión Europea.

Tiempos más breves: ha quedado constatado que en la LCSP la utilización de las nuevas tecnologías y trámites de urgencia (art. 96 LCSP) se configuran como elementos de primer orden en la simplificación de los contratos públicos.

Gestión contractual más automatizada: supone una simplificación respecto a la que se debe aportar nueva conceptualización del Derecho administrativo. Aunque es una idea recurrente, cada vez es mayor el grupo de especialistas en esta materia que aboga por un cambio que suponga un peldaño más que la mera instrumentalización de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos al procedimiento administrativo, a las relaciones entre Administración Publica y ciudadanos y como objeto de este estudio, a la contratación pública.

En este sentido hemos de manifestar que poco a poco se van incorporando nuevos avances, en ocasiones cuasi imperceptibles, que están coadyuvando de forma decisiva a que los planteamientos genéricos de aplicación de las nuevas tecnologías se conviertan en una realidad. Por ejemplo, las implantación de los registros telemáticos[78] automatizados –que automáticamente emiten un recibo consistente en una copia autenticada del escrito, solicitud o comunicación de que se trate, incluyendo la fecha y hora de presentación y el número de entrada de registro–, o, por ejemplo, la aportación y regulación de los sistemas normalizados de solicitud –que podrán incluir comprobaciones automáticas de la información aportada respecto de datos almacenados en sistemas propios o pertenecientes a otras administraciones e, incluso, ofrecer el formulario cumplimentado, en todo o en parte, con objeto de que el ciudadano verifique la información y, en su caso, la modifique y complete– ya se están utilizando con normalidad como resultado de la implantación efectiva de la LAECSP. En el marco de la LCSP, la regulación de la subasta electrónica tiene tintes similares; en su concepto, el art. 132.1 nos indica que se trata de «un proceso iterativo, que tiene lugar tras una

78. Puede verse sobre el tema nuestro trabajo: PUNZÓN MORALEDA, Jesús, y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Francisco, «Plazos, días y horarios de los registros telemáticos y la minusvaloración de los derechos de los ciudadanos en los procedimientos administrativos telemáticos», *Actualidad Administrativa*, núm. 2, enero, 2006, págs. 132 y ss.

primera evaluación completa de las ofertas, para la presentación de mejoras en los precios o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que las mejoren en su conjunto, basado en un dispositivo electrónico que permita su clasificación a través de métodos de evaluación automáticos». Asimismo, se han articulado procedimientos «automatizados» en los criterios de valoración de las ofertas cuando en el art. 134.2 LCSP se dispone: «En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos».

Mayor competitividad entre las empresas: se puede producir un acercamiento «competitivo» entre los diversos tipos de empresas en función del tamaño de las mismas (empresas de mayor facturación en su comparación con el concepto jurídico atribuido a las PYMES), hecho que resulta evidente cuando, por ejemplo, nos fijamos en los anuncios de contratación, el más fácil y mejor acceso a los anuncios de licitación, mayor sencillez y menor complejidad a la hora de presentar documentación a las distintas licitaciones, sin tener necesariamente que contar con especialistas que avalen los diversos procedimientos, etcétera.

Menor carga burocrática: presentación de documentación y comprobaciones varias (racionalización del procedimiento). Como consecuencia de la utilización de las nuevas tecnologías, debemos indicar, como ya en su momento subrayó GIMENO FELIU[79], se agiliza el procedimiento de adjudicación de los contratos, supone una minimización de errores humanos gracias a la mecanización de los mismos y se produce una disminución de las cargas de personal público.

También, en aspectos concretos se ha aligerado la carga burocrática. Por ejemplo, con la eliminación de las garantías provisionales al licitador para la concreta prestación –art. 91 LCSP («… los órganos de contratación podrán exigir a los licitadores la constitución de una garantía que responda del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación del mismo. (…) Cuando el órgano de contratación decida exigir una garantía provisional deberá justificar suficientemente en el expediente las razones de su exigencia para ese concreto contrato»)–, lo que además supone un incentivo a la participación a la licitación[80].

---

79. GIMENO FELIU, José María, «Reflexiones…», *Op. cit*., pág. 28.
80. Al hilo de la última idea expuesta consúltese por ejemplo a GIMENO FELIU, José María, «Los sujetos contratantes: alcance del concepto de "poder adjudicador"», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 12, octubre, 2006, pág. 54.

Utilización de medios electrónicos y telemáticos como eje y base de los procedimientos contractuales públicos observando las adecuadas y debidas garantías legales: introducción de procedimientos electrónicos («desmaterialización procedimental») que aportan mayor fluidez, transparencia y celeridad.

Regulación de los procedimientos «electrónicos contractuales»: con la aprobación de la LCSP se ha producido un importante avance en España estableciendo las bases procedimentales de distintos modelos de contratación que tienen en común el uso de las nuevas tecnologías.

5. BIBLIOGRAFÍA

ARNÁIZ, TERESA, «El uso de los medios electrónicos en los procesos de contratación pública ¿realidad o ficción?», en Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías con Motivo del XX Aniversario de la Facultad de Derecho, Coords. ALFONSO MURILLO VILLAR y SANTIAGO BELLO PAREDES, Edit. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2005, págs. 467-487.

BERNAL BLAY, M. A., «Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», en Revista Aragonesa de Administración Pública, monográfico núm. 10, 2008.

CARLÓN RUIZ, MATILDE, «El impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en el régimen de los colegios profesionales», Revista de Administración Pública, núm. 183, septiembre-diciembre, 2010.

CASALMIGLIA, A., «Justicia, eficiencia y optimización de la legislación», Documentación Administrativa, núms. 218-219, 1989.

CASTILLO BLANCO, Federico A., «La modificación del régimen de garantías en la contratación administrativa», en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 106, abril-junio, 2000.

CHINCHILLA MARÍN, CARMEN, «La nueva ley de contratos del sector público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas», Revista Vasca de Administración Pública, núm. 79, septiembre-diciembre, 2007.

CIERCO SEIRA, CÉSAR, «La tramitación integrada de los procedimientos administrativos conexos», Revista Vasca de Administración Pública, núm. 65-I, enero-abril, 2003.

COTINO HUESO, LORENZO, «Derechos del ciudadano», en La Ley de Ad-

ministración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007 de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, Coords. EDUARDO GAMERO CASADO y JULIÁN VALERO TORRIJOS, 1 ª ed. –reimpresión 2009–, Edit. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, JOSÉ MARÍA, Contratación Pública, tomo I, Edit. Bosch, Barcelona, 2008.

FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, LOURDES, El contrato de suministro, Edit. Montecorvo, Madrid, 1992.

FERNÁNDEZ RAMOS, SEVERIANO, «El reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en relación con la función inspectora», Revista Andaluza de Administración Pública, núm. 41, enero-febrero-marzo, 2001.

FLAMME, MAURICE-ANDRE, «Los contratos de obras públicas de la Administración», Revista de Administración Pública, núm. 21, septiembre-diciembre, 1956, pág. 69.

GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL, «La contratación electrónica de las entidades locales», en MORENO MOLINA (Dir.) , La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales, CEMCI, Granada, 2008, págs. 557 a 611.

– «La contratación local ante las sucesivas reformas de la Ley de Contratos del Sector Público», Anuario de Derecho Municipal 2010, Madrid, 2011, núm. 4, págs. 133-166.

GAMERO CASADO, EDUARDO, «El Derecho Administrativo ante la Era de la Información», en La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, Coords. EDUARDO GAMERO CASADO y JULIÁN VALERO, 1 ª ed. –reimpresión 2009–, Edit. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

GAMERO CASADO, EDUARDO, y FERNÁNDEZ RAMOS, SEVERIANO, Manual Básico de Derecho Administrativo, 7ª ed., Edit. Tecnos, Madrid, 2010.

GARCÍA OVIEDO, CARLOS y MARTÍNEZ USEROS, ENRIQUE, Derecho Administrativo, 8ª ed., t. I, Murcia, 1962.

GIMENO FELIU, JOSÉ MARÍA, «El principio de Eficiencia», en Los principios jurídicos del Derecho Administrativo, Dir. JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, Edit. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010.

– «Los sujetos contratantes: alcance del concepto de "poder adjudicador"», Cuadernos de Derecho Local, núm. 12, octubre, 2006.

GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, JOSÉ LUIS, La Contratación Administrativa, Madrid, 1966.

HERNÁNDEZ, E., «Simplificando trámites. La licitación pública por medios electrónicos», Boletic, núm. 28, 2003.

MARIANO RAMÍREZ, PEDRO, Tratado de Administración Práctica en España, Edit. Imprenta de Don Vicente de Lalama, Madrid, 1944.

MARTÍN MATEO, RAMÓN, y DÍEZ SÁNCHEZ, JUAN JOSÉ, Manual de Derecho Administrativo, 28ª ed., Edit. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, RUBÉN, Administración Pública Electrónica, 1ª ed., Edit. Cívitas, Madrid, 2009.

MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO, La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la LCSP, la LCSE y la LJCA, Edit. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2006, especialmente págs. 127 y ss.

MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO, y PLEITE GUADAMILLAS, FRANCISCO, La nueva Ley de Contratos del Sector Público, 2ª ed., Edit. La Ley, Madrid, 2009.

MORILLA, JOSÉ MARÍA, Tratado de Derecho Administrativo, t. I, 2ª ed., La Habana, 1865.

NOGUEIRA LÓPEZ, ALBA, «El principio de Economía Procesal», en Principios Jurídicos de Derecho Administrativo, Dir. JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, Edit. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010.

OLIVER CUELLO, RAFAEL, «La Regulación de la Administración Electrónica Tributaria», en Administración Electrónica Tributaria, Coords. ANA MARÍA DELGADO GARCÍA y RAFAEL OLIVER CUELLO, Edit. Bosch, Barcelona, 2009.

ORTEGA CARBALLO, CARLOS, «Los Registros administrativos como instrumentos de publicidad y transparencia en la gestión de la contratación pública», en Documentación Administrativa, núms. 274-275, enero-agosto, 2006, monográfico titulado La nueva Ley de Contratos del Sector, págs. 93-113.

PALOMAR OLMEDA, ALBERTO, «La contratación administrativa utilizando medios electrónicos y telemáticos», en Documentación Administrativa, núms. 274-275, enero-agosto, 2006, monográfico titulado La nueva Ley de Contratos del Sector Público.

– «La actividad administrativa efectuada por medios electrónicos (A propósito de la Ley de Acceso Electrónico a las Administraciones Públicas)», 1ª ed., Edit. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

PAREJO ALFONSO, LUCIANO, Eficacia y Administración. Tres estudios, Edit. MAP, Madrid, 1995.

– Lecciones de Derecho Administrativo, 3ª ed., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

PUNZÓN MORALEDA, JESÚS y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, FRANCISCO, «La Administración Pública Electrónica: Procedimiento administrativo telemático y notificaciones telemáticas», en e-Administración, Edit. Gobierno de la Rioja-Escuela Riojana de Administración Pública, Logroño, 2006.

– «La autenticidad como requisito de validez y eficacia en las comunicaciones electrónicas», Revista Contratación Administrativa Práctica, núm. 54, junio, 2006.

– «Comentario a las modificaciones introducidas por la Ley 15/2010, de 5 de julio –Modificación de la Ley 3/2004, de 29-12-2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales– y su afectación a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público –LCSP–», Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, núm. 49, diciembre, 2010.

– «Plazos, días y horarios de los registros telemáticos y la minusvaloración de los derechos de los ciudadanos en los procedimientos administrativos telemáticos», Actualidad Administrativa, núm. 2, enero, 2006.

– La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la LEY 30P2007, de Contratos del Sector Público, Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009.

RIVERO ORTEGA, RICARDO, «¿Es necesaria una revisión del régimen de los Contratos Administrativos en España?», Revista Española de Administración Pública, núm. 121, enero-marzo, 2004.

SOLAS RAFECAS, JOSÉ MARÍA, y SASTRE BECEIRO, MÓNICA, «Comentario al artículo 75 –Subasta y Concurso–», en Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, t. III –La gestión del contrato–, Edit. Comares, Granada, 2005.

TORNOS MÁS, JOAQUÍN, «La simplificación procedimental en el ordena-

miento español», Revista de Administración Pública, núm. 151, enero-abril, 2000.

URÍA FERNÁNDEZ, FRANCISCO, «Apuntes para una reforma de la legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas», Revista de Administración Pública, núm. 165, septiembre-diciembre, 2004.

VALERO TORRIJOS, JULIÁN, «La gestión y conservación del documento administrativo electrónico», en El documento electrónico: aspectos jurídicos, tecnológicos y archivísticos, Eds. JOSÉ LUIS BLASCO DÍAZ y MODESTO J. FABRA VALLS, Edit. Universitat Jaime I, Castelló de la Plana, 2008.

– El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común, 2ª ed., Edit. Comares, Granada, 2007.

VIDA FERNÁNDEZ, JOSÉ, «La actividad unilateral y formalizada de la Administración Pública: aspectos generales del procedimiento administrativo», Lección 10, en Lecciones de Derecho Administrativo, Dir. LUCIANO PAREJO ALFONSO, 3ª ed., Valencia, 2010.

VIVIEN, ALEXANDRE FRANÇOIS AUGUSTE, Estudios Administrativos, t. I, Trad. JUAN LÓPEZ SOMALO, Edit. Imprenta de Luis García, Madrid, 1854.

Capítulo 12

Contribuciones al Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente [COM (2011) 15 final], de 27 de enero de 2011, presentadas por los miembros investigadores del Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Reino de España sobre «Nuevos escenarios de la contratación pública: Urbanismo, contratación electrónica y cooperación intersubjetiva» (Ref. DER JURI 2009-12116)

SUMARIO: 1. EL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN SOBRE NUEVOS ESCENARIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: URBANISMO, CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y COOPERACIÓN INTERSUBJETIVA. 2. CONTRIBUCIONES AL LIBRO VERDE SOBRE LA MODERNIZACIÓN DE LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA UE. HACIA UN MERCADO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA MÁS EFICIENTE (COM(2011) 15 FINAL). *2.1. ¿De qué tratan las normas de contratación pública?.* 2.1.1. Actividades de compra. 2.1.2. Contratos públicos. 2.1.3. Compradores públicos. *2.2. Mejora de las herramientas de que disponen los poderes adjudicadores.* 2.2.1. Modernización de los procedimientos. 2.2.2. Instrumentos específicos para los pequeños poderes adjudicadores. 2.2.3. Cooperación dentro del sector público. 2.2.4. Herramientas adecuadas para la agregación de la demanda/contratación conjunta.. 2.2.5. Interrogantes acerca de la ejecución del contrato. *2.3. Un mercado europeo de la contratación pública más accesible.* 2.3.1. Mejora del acceso para las PYME y las empresas incipientes. 2.3.2. Asegurar una competencia leal y efectiva. 2.3.3. Contratación en los casos de inexistencia de competencia o de derechos

exclusivos. *2.4. Utilización estratégica de la contratación pública en respuesta a nuevos desafíos.* 2.4.1. «Cómo comprar» para realizar los objetivos de Europa 2020. 2.4.2. «Qué comprar» en apoyo de los objetivos políticos de Europa 2020.. 2.4.3. Innovación. 2.4.4. Servicios sociales. *2.5. Asegurar la integridad de los procedimientos.* 2.5.1. Prevención de los conflictos de intereses. 2.5.2. Lucha contra el favoritismo y la corrupción. 2.5.3. Exclusión de los licitadores deshonestos. 2.5.4. Prevención de ventajas injustas. *2.6. Acceso de los proveedores de terceros países al mercado de la UE. 2.7. Otras cuestiones.*

Zaragoza (España), abril de 2011.

1. EL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN SOBRE NUEVOS ESCENARIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: URBANISMO, CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y COOPERACIÓN INTERSUBJETIVA

El Proyecto de investigación sobre *Nuevos escenarios de la contratación pública: Urbanismo, contratación electrónica y cooperación intersubjetiva* (DER JURI 2009-12116) fue concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Reino de España en el marco de la convocatoria pública y competitiva efectuada para el período 2009-2011 mediante Resolución de 26 de diciembre de 2008, conjunta de la Secretaría de Estado de Universidades y de la Secretaría de Estado de Investigación, por la que se convocan ayudas para la realización de proyectos de investigación y acciones complementarias dentro del Programa Nacional de Proyectos de Investigación Fundamental, en la marco del VI Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2008-2011 (Boletín Oficial del Estado núm. 315 de 31 de diciembre de 2008.

El equipo investigador está dirigido –IP– por el Prof. Dr. José María Gimeno Feliu (Universidad de Zaragoza), e integrado también por los profesores Dr. José Antonio Moreno Molina (Universidad de Castilla La Mancha), Dra. Isabel Gallego Córcoles (Universidad de Castilla La Mancha), Teresa Medina Arnáiz (Universidad de Burgos) y Dr. Miguel Ángel Bernal Blay (Universidad de Zaragoza).

En el marco del Proyecto de investigación ya se han organizado diversas actividades, entre las que destacan los Foros de reflexión y actualización en materia de contratación pública[1]:

1. Los materiales de ambos seminarios están disponibles desde *http://web.me.com/gimenof/Sitio_web/PROYECTO_MEC_DER2009-12116.html*

1.–*Seminario sobre contratación pública. Reflexiones y aspectos prácticos*, celebrado en Formigal (Huesca), los días 23-24 de septiembre 2010.

Las conclusiones del Seminario, elaboradas por T. Medina Arnáiz, pueden consultarse al haber sido publicadas en la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 37 de 2010, págs. 317-433, accesibles desde *https://gobierno.aragon.es/DepartamentosOrganismosPublicos/Organismos/InstitutoAragonesAdministracionPublica/AreasTematicas/RevistaAragonesaAdministracionPublica/ci.01_Revista_Completa.detalleDepartamento?-channelSelected=0*.

2.–Seminario sobre cuestiones actuales del Derecho de la contratación pública, celebrado en Albacete los días 17-18 de Marzo de 2011. Las conclusiones de este seminario se recogen en la obra colectiva *Observatorio de contratación pública 2010*, de próxima publicación.

2. CONTRIBUCIONES AL LIBRO VERDE SOBRE LA MODERNIZACIÓN DE LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA UE. HACIA UN MERCADO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA MÁS EFICIENTE (COM(2011) 15 FINAL)

2.1. ¿DE QUÉ TRATAN LAS NORMAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA?

2.1.1. Actividades de compra

1. ¿Piensa que el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública debe limitarse a las actividades de compra? Una limitación de este tipo, ¿debería simplemente codificar el criterio del beneficio económico directo desarrollado por el Tribunal o debería prever condiciones y conceptos adicionales o alternativos?

La actual definición de contrato público de la Directiva 2004/18/CE (apartado 2.a) del artículo 1) ya incluye una referencia expresa a que son contratos públicos «los contratos onerosos». Como ha precisado la jurisprudencia del TJUE, «sólo un contrato celebrado a título oneroso puede constituir un contrato público a los efectos de la Directiva 2004/18» (apartado 47 de la STJUE de 25-3-2010, C-451/2008).

El carácter oneroso del contrato implica que el poder adjudicador que haya celebrado un contrato público de obras reciba mediante el mismo una prestación a cambio de una contraprestación.

Podría añadirse en la definición de las directivas la referencia a que la prestación contratada conlleve un beneficio económico directo para el

poder adjudicador, sin que se incluyan más condiciones o conceptos alternativos.

En este punto, hay que tener en cuenta que el TJUE ha interpretado de forma suficiente este concepto de beneficio económico, que se producirá incluso si se prevé que el poder adjudicador dispondrá de un título jurídico que le aseguraría la disponibilidad de unas obras objeto del contrato, a los efectos de su afectación pública, como ha señalado la STJUE de 12 de julio de 2001, C-399/98, apartados 67, 71 y 77).

El beneficio económico también puede radicar en las ventajas económicas que el poder adjudicador pueda obtener en un futuro del uso o de la cesión de la obra por el hecho de haber participado económicamente en su realización o por los riesgos que asume en el supuesto de un revés económico de la obra.

En todo caso conviene aclarar el ámbito objetivo de la Directiva y delimitar correctamente las figuras que son ejemplo de colaboración interadministartiva.

2.1.2. Contratos públicos

2. ¿Considera apropiada la estructura actual del ámbito material, con su división en contratos de obras, suministros y servicios? De no ser así, ¿qué estructura alternativa propondría?

Sería quizá recomendable modificar la estructura actual y adoptar la que predomina a nivel internacional con dos tipos de contratos: suministros y servicios (que englobaría a las obras).

Se trata de una exigencia que se desprende de la existencia de un marco de consolidada tendencia internacional hacia la elaboración de un Derecho común que discipline las fases de preparación y adjudicación de los contratos públicos, con disposiciones tan importantes como las aprobadas en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (ACP), de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Ley Modelo) y de numerosos Tratados de Libre Comercio en distintas regiones del planeta. El ACP y los diversos TLC firmados por la UE ponen de manifiesto la necesidad de ir hacia una estructura de contratos similar en las directivas europeas.

3. ¿Piensa que la definición de «contrato de obras» debería revisarse y simplificarse? En tal caso, ¿propondría que se omita la referencia a una lista específica anexa a la Directiva? ¿Cuáles serían los elementos de la definición que usted propondría?

Sí resulta necesario revisar y simplificar la definición de contratos

de obras. En la actualidad resulta complejo para las operadores de la contratación pública aplicar y diferenciar las distintas condiciones e hipótesis que recoge el artículo 1.2.b) de la Directiva 2004/18/CE. Expresiones como «la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador» han planteado serias dudas interpretativas, que se manifiestan en las propias dificultades de traducción a los diversos idiomas oficiales de la UE.

La línea a desarrollar es el concepto funcional de obra pública que recoge la jurisprudencia del TJUE (sentencia de 12 de julio de 2001, Scala de Milán o de 29 de octubre de 2009, Comisión/Alemania) y que ha propuesta en la doctrina administrativista –por ejemplo, el profesor GIMENO FELIU, «El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de las normas de contratación pública», RAP nº 173 (2007), pág. 75–.

Servicios A/B

4. ¿Piensa que debería revisarse la distinción entre los servicios A y B?

Sí, es muy necesario que se revise, carece de sentido en el estadio actual de desarrollo del Derecho de la UE y de su mercado interior, con el reciente proceso de trasposición en los Estados miembros de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

Así se desprende sin duda de las exigencias de esta norma de aplicación generalizada de sus principios con objeto de impulsar una mejora global del marco regulatorio del sector servicios, para así obtener ganancias de eficiencia, productividad y empleo en los sectores implicados, además de un incremento de la variedad y calidad de los servicios disponibles para empresas y ciudadanos.

5. ¿Piensa que las Directivas sobre contratación pública deberían aplicarse a todos los servicios, posiblemente con arreglo a un régimen estándar más flexible? Si no es así, indique qué servicios deberían seguir ateniéndose al régimen actualmente en vigor para los servicios B, y por qué razones.

Se considera conveniente la aplicación de las directivas de contratos públicos a todos los servicios y optar para los mismos por unas reglas procedimentales más flexibles.

Carece de sentido la distinción en sus términos actuales, como se

pone de manifiesto al comprobar cómo servicios de transporte o de tipo intelectual se consideran como B.

También da lugar a problemas aplicativos el cajón de sastre que supone la categoría 27 («otros servicios») que genera dudas interpretativas.

La mejor opción es eliminar la diferenciación de regímenes y optar por uno unificado. En todo caso, los servicios sociales, sanitarios y educativos deberían contar con ciertas reglas o principios propios, en tanto atienden no solo a intereses económicos y debe garantizarse una adecuada perspectiva social.

Umbrales

6. ¿Estaría a favor de que se elevaran los umbrales para la aplicación de las Directivas de la UE, pese a las consecuencias descritas que esto acarrearía a nivel internacional?

No se recomienda elevar los umbrales de las directivas sobre contratos públicos. Al argumento que señala el Libro Verde en relación con los compromisos internacionales de la UE, habría que añadir los negativos efectos que ese aumento podría provocar para el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas.

Resulta fundamental a escala europea apostar por el impulso de la participación de las PYMES en las compras públicas, como han puesto de manifiesto recientemente el Parlamento Europeo o la Comisión (Comunicación de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulada «Pensar primero a pequeña escala»-«Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas (COM(2008)0394); «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos» (aprobado por la Comisión, documento SEC 2008, 2193).

Sería conveniente que la Directiva recordara la obligación de aplicar los principios del Tratado de transparencia, concurrencia y control efectivo en todo contrato al margen del importe, incorporando también alguna previsión para los contratos de interés transfronterizo.

Exclusiones

7. ¿Considera que las disposiciones actuales sobre los contratos excluidos son apropiadas? ¿Piensa que debería reestructurarse la sección al respecto o que sería necesario aclarar algunas exclusiones concretas?

Se considera claramente insuficiente la regulación de los contratos excluidos de la Directiva 2004/18/CE y contraria a las exigencias de la

seguridad jurídica, al ser compleja su interpretación y además dar cabida a trasposiciones diferentes en los Estados miembros.

Sería conveniente el dedicar un solo precepto a las exclusiones, que en la actualidad se pueden encontrar en muy diversos preceptos de la Directiva 2004/18 (artículos 14 a 17, 57…).

En todo caso debe aclararse el significado y consecuencia de las distintas exclusiones con el fin de evitar prácticas de «huida» del régimen del contrato público.

8. ¿Piensa que determinadas exclusiones deberían abolirse, reconsiderarse o actualizarse? En caso afirmativo, indique cuáles. ¿Cuál sería su propuesta?

Habría que actualizar la exclusión de contratos «cuando sean declarados secretos o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas especiales de seguridad», para adecuarse la misma a la reciente regulación de la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad.

Debe revisarse la amplía exclusión recogida en el artículo 15 (Contratos adjudicados en virtud de normas internacionales), ya que en sus términos actuales permite que queden fuera de la Directiva contratos que deberían sujetarse a sus reglas al no haber motivo suficiente para su exclusión.

Se recomienda en general reducir al máximo los supuestos de contratos excluidos. No se puede considerar justificada la proliferación de regímenes especiales, que resulta contraria a principios jurídicos tan importantes como los de legalidad, objetividad, igualdad y seguridad jurídica, al tiempo que puede limitar considerablemente la libre competencia.

Debe aclararse y delimitarse correctamente la técnica de los *services in house providing*, advirtiendo que es solo una técnica autoorganizativa, reforzando la idea de que deben ser idóneas al fin perseguido y que no deben ser utilizadas para alterar regímenes jurídicos.

2.1.3. Compradores públicos

Contratación por entidades pertenecientes al ámbito estatal

9. ¿Considera apropiado el planteamiento actual de la definición de los compradores públicos? En concreto, ¿piensa que el concepto de

«organismo de Derecho público» debe aclararse y actualizarse a la luz de la jurisprudencia del TJE? En tal caso, ¿qué tipo de actualización consideraría apropiada?

Debe incorporarse una definición de poder adjudicador, en tanto concepto ya asentado, delimitando sus caracteres a la luz de la doctrina del TJUE.

Servicios públicos

10. ¿Piensa que sigue siendo necesario que existan normas de la UE aplicables a la contratación pública en estos sectores? Explique las razones de su respuesta.

Los contratos de gestión de servicios deben ser regulados dentro de la propia Directiva atendiendo a su especialidad de explotación como una modalidad de contrato de servicios. La actual globalización económica e impacto de estos contratos no justifica su exclusión del ámbito de aplicación.

10.1. En caso afirmativo: ¿deberían ser excluidos determinados sectores que están actualmente regulados o, a la inversa, deberían otros sectores estar sujetos también a la normativa? Explique qué sectores deberían estar cubiertos y motive su respuesta.

No debería existir exclusión. En todo caso Sí que podría preverse ciertas especialidades atendiendo a los interés económicos o sociales en juego.

11. Actualmente, el ámbito de aplicación de la Directiva se define en función de las actividades que las entidades en cuestión llevan a cabo, su forma jurídica (pública o privada) y, cuando son privadas, la existencia o no de derechos especiales o exclusivos. ¿Considera que estos criterios son pertinentes o deberían utilizarse otros? Explique su respuesta.

Parece adecuado no alterar ahora los conceptos referidos, en tanto parecen asumidos.

12. ¿Cabe suponer que la búsqueda de beneficios o los valores comerciales de las empresas privadas sean suficientes para garantizar que estas entidades practiquen una contratación objetiva y justa (incluso cuando operen con derechos especiales o exclusivos?

No necesariamente, en tanto pueden existir «influencias» que desvíen este parámetro de la contratación. Máxime si la posterior explotación económica y sus ajustes se pueden ver condicionadas.

13. ¿Constituye la disposición actualmente enunciada en el artículo 30 de la Directiva una manera efectiva de adaptar el ámbito de aplicación de la Directiva a la evolución de los patrones de regulación y competencia en los mercados pertinentes (nacionales y sectoriales)?

Los hechos han demostrado su insuficiencia. Debe ser revisada.

2.2. MEJORA DE LAS HERRAMIENTAS DE QUE DISPONEN LOS PODERES ADJUDICADORES

14. ¿Piensa que el actual nivel de detalle de las normas de contratación pública de la UE es apropiado? De no ser así, ¿piensa que son demasiado detalladas o no lo bastante?

Con carácter general, y habida cuenta de su finalidad de las Directivas, sus disposiciones cuentan con un nivel de desarrollo suficiente. Los problemas suelen presentarse en las legislaciones nacionales que únicamente reproducen esas disposiciones, sin desarrollarlas para su ámbito de aplicación.

2.2.1. Modernización de los procedimientos

Procedimientos generales

15. ¿Piensa que los procedimientos que figuran en las Directivas actuales permiten a los poderes adjudicadores obtener los mejores resultados posibles de la contratación? En caso negativo: ¿cómo deben mejorarse los procedimientos para aligerar las cargas administrativas o reducir los costes de las transacciones y la duración de los procedimientos, garantizando al mismo tiempo que los poderes adjudicadores obtengan la mejor rentabilidad por su dinero?

Sí, los procedimientos actuales permiten un abanico suficientemente amplio de posibilidades de actuación para los poderes adjudicadores en función de los objetivos que pretendan.

16. ¿Se le ocurren otros tipos de procedimientos que no estén contemplados en las Directivas actuales y que, en su opinión, podrían incrementar la rentabilidad económica de los procedimientos de contratación pública?

Para mejorar la rentabilidad económica de los procedimientos no son necesarios tanto nuevos procedimientos como la simplificación de algunos trámites de los procedimientos actuales, tales como la carga documental exigida a los licitadores, ajuste de los plazos, criterios más objetivos y publicidad mediante plataformas específicas y generales de contratación pública.

17. ¿Piensa que los procedimientos y herramientas previstos en la Directiva para tratar necesidades específicas y facilitar la participación privada en la inversión pública mediante asociaciones entre los sectores público y privado (por ejemplo, el sistema dinámico de adquisición, el diálogo competitivo, las subastas electrónicas y los concursos de proyectos) deben mantenerse en su forma actual, modificarse (en tal caso, cómo) o abolirse?

Las diferencias entre los Acuerdos Marco y los Sistemas Dinámicos de Adquisición no acaban de visualizarse, circunstancia que desmotiva para la utilización de éstos últimos, que reconsideran una mera «versión electrónica» de los primeros. En este sentido, debería resaltarse el valor añadido que presentan los Sistemas Dinámicos de Adquisición frente a los Acuerdos Marco por las posibilidades de actualización (en el sentido de mejora) de las ofertas indicativas en cualquier momento, así como la posibilidad de incrementar la concurrencia al ser un sistema «abierto» a la incorporación de nuevos interesados (por contraposición al Acuerdo Marco, «cerrado» para nuevos interesados durante el plazo en el que se haya concertado).

18. Según su experiencia con la utilización del procedimiento acelerado en 2009 y 2010, ¿estaría usted a favor de generalizar esta posibilidad de acortar los plazos en determinadas circunstancias? En su opinión, ¿podría hacerse sin poner en peligro la calidad de las ofertas?

No se conocen experiencias de utilización del procedimiento acelerado del art. 38.8 de la Directiva 2004/18.

Más negociación

19. ¿Estaría a favor de permitir más negociación en los procedimientos de contratación pública o de generalizar el uso del procedimiento negociado con publicación previa?

Entendemos adecuada la actual distinción entre procedimientos que no admiten la negociación (abierto y restringido) frente a los que sí la admiten (negociados). La generalización del procedimiento negociado con publicidad podría ser una solución, sobre todo en tiempos como los actuales en los que puede convenir al interés públicos intentar ajustar las ofertas a las escasas disponibilidades presupuestarias para hacer frente a los procesos de compra pública.

Otra opción podría ser admitir la negociación con carácter general pero sólo referida a determinados aspectos, siempre de carácter reglado (es decir, que no dependan de valoraciones subjetivas, aun expertas), como por ejemplo el precio. Es más, la selección de la oferta económicamente más ventajosa, si bien debe ser entendida en relación con el con-

junto de criterios de adjudicación que se tomen en consideración, debería considerar siempre la posibilidad de negociar el criterio de adjudicación relativo al precio, pues es el criterio que mayor «economía» (en sentido estricto) puede proporcionar.

Sin embargo, cualquier opción queda abocada al más estrepitoso fracaso si las normas, sea la Directiva, sea la normativa nacional, no definen el significado de la acción de «negociar» o no diseñan modelos de «negociación». Los poderes públicos, al menos en España, donde es una situación contrastada, no saben negociar y en consecuencia, no negocian nada. En el marco de un procedimiento negociado los poderes públicos se limitan a aceptar de plano las proposiciones presentadas por los candidatos, sin negociar absolutamente nada.

Por eso la opción de fomentar la negociación de los términos del contrato aparece supeditada a que se defina en qué consiste esa negociación así como el modo de hacerlo y como documentarla en aras a justificar la racionalidad y razonabilidad de los trámites y de la decisión.

20. En este último caso, ¿piensa que esta posibilidad debería permitirse para todos los tipos de contratos y todos los tipos de poderes adjudicadores, o solo en determinadas condiciones?

En España, a diferencia de lo que sucede en la Directiva 2004/18, ha sido recurrente la previsión de un supuesto de utilización del procedimiento negociado con y sin publicidad por razón de la cuantía económica del contrato. En la actualidad, de los arts. 155.d, 156.b, 157.f, 158.e y 161 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de contratos del Sector Público (LCSP) resulta posible la utilización del procedimiento negociado por razón de la cuantía en los siguientes supuestos:

Procedimiento de adjudicación	Tipo de contrato	Valor estimado (IVA no incluido
Negociado SIN publicidad	Obras	≤ 200.000
	Resto de contratos	≤ 60.000
Negociado CON publicidad	Obras	< 1.000.000 €
	Gestión de servicios públicos	Gastos de primer establecimiento < 500.000 €, si la duración < 5 años
	Suministros, servicios y otros	< 100.000 €

Como puede observarse, se trata en cualquier caso de contratos que

quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva en atención a su importe.

Sin embargo, el modelo podría ser exportado a los contratos que entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, especialmente para el caso de los contratos de suministros y de servicios (no tanto para los contratos de obras que ya presentan un umbral económico suficientemente elevado), configurando unos supuestos de utilización del procedimiento negociado con publicidad por razón de la cuantía, que para estos contratos de suministros y de servicios podría situarse (de manera orientativa) en los 500.000 euros.

21. ¿Comparte la opinión de que una utilización generalizada del procedimiento negociado podría acarrear ciertos riesgos de abuso o de discriminación? Además de las salvaguardias ya establecidas en las Directivas para el procedimiento negociado, ¿harían falta otras que protegieran la transparencia y contra la discriminación, a fin de compensar el mayor nivel de discrecionalidad? En tal caso, ¿cuáles podrían ser esas otras salvaguardias?

Sin duda, y como ya se advirtió en la respuesta a la pregunta núm. 19, en función de cómo se articule la «negociación», los resultados de la misma pueden arrojar prácticas no solo de abuso o de discriminación, sino también de vulneración del principio de confidencialidad, con la falta de confianza en el sistema que ello puede generar en los operadores económicos. Si los licitadores no tienen la garantía de que el proceso de negociación va a ser limpio, y que en el transcurso del mismo no van a ser revelados sus secretos comerciales al resto de operadores económicos, los procesos de compra pública con negociación dejarán de ser atractivos.

En este sentido hace falta una definición y aclaración en la normativa de las fórmulas admisibles para articular la negociación con los diferentes operadores económicas.

Para proteger a los licitadores contra prácticas abusivas o discriminatorias y garantiza además el derecho a una buena administración, deberían articularse las siguientes salvaguardias:

1) Residenciar la negociación en un órgano técnico de asistencia. En muchas ocasiones la competencia para contratar se atribuye a un órgano político, cuyo titular no es técnico, por lo que difícilmente está en condiciones de negociar los aspectos técnicos de las proposiciones. En este sentido resulta necesario que la negociación la lleve a cabo un órgano (unipersonal o colegiado) con conocimientos técnicos suficientes

sobre la materia que, una vez negociados los aspectos del contrato con todos los operadores económicos que hayan mostrado su interés en participar en la licitación, propone al órgano competente para contratar la adjudicación del contrato a un concreto operador económico.

2) Dejar constancia del proceso de negociación, para lo cual puede ser útil articular métodos de negociación utilizando medios electrónicos que registren los términos en que se desarrolla la negociación. En este sentido, podría ser útil tomar como referencia el modelo de las subastas electrónicas.

22. ¿Piensa que sería apropiado establecer procedimientos simplificados para la compra de bienes y servicios comerciales? En tal caso, ¿qué formas de simplificación propondría?

Los bienes y servicios comerciales deberían contratarse a través de sistemas dinámicos de contratación y subastas electrónicas. Son los procedimientos más rápidos y eficaces para la compra de este tipo de elementos. Asimismo, un procedimiento con menos carga burocrática, plazos más breves y criterios objetivos es una posibilidad a tener en cuenta (opción seguida en el artículo 10 de la Ley 3/2011 de medidas de Contratos del Sector Público de Aragón).

Selección y adjudicación

23. ¿Estaría a favor de un planteamiento más flexible de la organización y la secuencia del examen de los criterios de selección y adjudicación como parte del procedimiento de contratación? En tal caso, ¿piensa que debería ser posible examinar los criterios de adjudicación antes que los criterios de selección?

Para dar solución al problema de la carga administrativa que conlleva el requisito de verificar los criterios de selección puede resultar de utilidad permitir al licitador sustituir la presentación de los documentos acreditativos de su aptitud para contratar (personalidad, capacidad, solvencia, y ausencia de prohibiciones de contratar) por una declaración responsable, remitiendo a una fase posterior (una vez valorados los criterios de adjudicación) la acreditación documental de esa aptitud, que ya no sería requerida a todos los participantes en el procedimiento de adjudicación, sino únicamente al propuesto como adjudicatario.

Así lo permiten ya, por ejemplo, la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (art. 6).

Artículo 6. Documentación exigida en procedimientos negociados y simplificados.

1. En los procedimientos negociados y simplificados en los que se haya optado por no constituir Mesa de contratación, el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento equivalente podrá permitir a los licitadores que sustituyan la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos por la presentación de una declaración responsable suscrita por el licitador o su representante, reconociendo que cumple los requisitos de capacidad, representación y solvencia exigidos y comprometiéndose a acreditarlos en caso de que vaya a ser propuesto como adjudicatario.

2. Con carácter previo a la adjudicación del contrato, se requerirá al que vaya a ser propuesto como adjudicatario para que aporte la documentación acreditativa de su capacidad, representación y solvencia en el plazo de cinco días hábiles.

En el mismo sentido, la Ley Foral 6/2006, de contratos públicos de Navarra, cuyo art. 54.4 dispone que

4. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán establecer que la aportación inicial de la documentación se sustituya por una declaración responsable del licitador indicando que cumple las condiciones exigidas para contratar. En tal caso, el licitador a cuyo favor recaiga la propuesta de adjudicación deberá acreditar la posesión y validez de los documentos exigidos en el plazo máximo de siete días desde la notificación de la adjudicación.

24. ¿Considera que, en casos excepcionales, podría estar justificado permitir que los poderes adjudicadores tuvieran en cuenta criterios relativos al licitador como tal en la fase de adjudicación? Si la respuesta es afirmativa, ¿en qué casos? Y, en su opinión, ¿qué salvaguardias adicionales serían necesarias para garantizar la equidad y la objetividad de la decisión de adjudicación en un sistema así?

No, debe mantenerse la debida separación entre criterios de selección (relativos al sujeto) y criterios de adjudicación (relativos y vinculados al objeto). (Vid. respuesta a pregunta 82.3). Otra opción puede dar lugar a cierta confusión y generar problemas en al ejecución del contrato.

Tener en cuenta el comportamiento pasado

25. ¿Piensa que la Directiva debe permitir explícitamente que se tenga en cuenta la experiencia previa en relación con uno o más licitadores? En caso afirmativo, ¿qué salvaguardias serían necesarias para impedir las prácticas discriminatorias?

No debería permitirse la utilización de las experiencias previas como criterio para la adjudicación del contrato por la evidente discrimi-

nación que supone entre los operadores económicos. Los beneficios que podría reportar su admisión en supuestos específicos son demasiado pequeños en relación con el enorme riesgo potencial de afección a los principios de igualdad y no discriminación entre los operadores económicos.

Herramientas específicas para las empresas de servicio público

26. ¿Considera que son necesarias normas específicas para la contratación que llevan a cabo los operadores de servicios públicos? Las diferentes normas que se aplican a los operadores de servicios públicos y las empresas públicas, ¿reconocen adecuadamente el carácter específico de la contratación de estos servicios?

Las especialidades que presentan los contratos con los operadores de servicios públicos pueden reconducirse a dos. La primera, la sensibilidad de su objeto, que representa un interés público de primera magnitud; la segunda, sus fórmulas de retribución, a menudo consistentes en un derecho de explotación del servicio.

En atención a ello, debería cuidarse especialmente en estos casos que la retribución de los contratistas consistiese efectivamente en un derecho de explotación, pues a menudo se visten como derechos de explotación remuneraciones propias de otros contratos públicos son el único objetivo de aprovechar las especialidades procedimentales que presenta la contratación de servicios públicos.

2.2.2. Instrumentos específicos para los pequeños poderes adjudicadores

Un marco procedimental más ligero para la adjudicación de contratos por encima de los umbrales de las Directivas por los poderes adjudicadores locales y regionales.

27. ¿Piensa que el régimen íntegro de contratación pública es apropiado o, por el contrario, inadecuado para las necesidades de los poderes adjudicadores más pequeños? Explique su respuesta.

Someter a todos los poderes adjudicadores a los mismos trámites formales resulta contrario al principio de eficiencia, pues es evidente que si los poderes adjudicadores más pequeños deben hacer lo mismo, pero con menos recursos, la ratio de eficiencia será menor en esos poderes adjudicadores más pequeños que, consecuentemente, disponen de menos recursos.

28. En caso afirmativo, ¿estaría a favor de simplificar el régimen

de contratación para la adjudicación de contratos relativamente pequeños por las autoridades regionales y locales? ¿Cuáles deberían ser, en su opinión, las características de ese régimen simplificado?

La Comunidad Autónoma de Aragón ha aprobado recientemente una Ley de medidas en materia de contratos del sector público en Aragón (Ley 3/2011, de 24 de febrero, publicada en el Boletín Oficial de Aragón núm. 50 de 10 de marzo de 2011) en cuyo art. 10 se recoge, bajo el título de procedimiento simplificado, las especialidades que presenta la utilización de tal procedimiento con respecto al procedimiento abierto:

1.–Supuestos de utilización: únicamente pueden adjudicarse, utilizando este procedimiento simplificado, contratos de suministro y servicios de valor estimado inferior a 150.000 euros, y de obras inferior a 2.000.000 de euros.

2.–Simplificación documental: En un mismo documento se reúnen las condiciones jurídicas, económicas y técnicas con arreglo a las cuales se adjudicará y ejecutará el contrato.

3.–No se exige garantía provisional para participar en la licitación.

4.–Publicidad del anuncio de licitación del contrato únicamente en el perfil de contratante del poder adjudicador.

5.–Plazos de presentación de proposiciones acomodados a la complejidad del contrato de la que es indicativa su cuantía: no inferior a diez ni superior a veinte días naturales, a contar desde el siguiente al de la publicación en el perfil de contratante.

6.–Constitución potestativa (no obligatoria) de una Mesa de contratación (órgano de asistencia que requiere la presencia de al menos 5 personas (3 en el caso de las Entidades Locales) que auxilia al órgano de contratación en la valoración de ofertas y propone la adjudicación del contrato a la que considere económicamente más ventajosa.

7.–Supuesto legal de delegación de competencias del órgano de contratación en la mesa de contratación cuando se decida su constitución en relación con la calificación, admisión o exclusión de licitadores.

8.–Simplificación del órgano de asistencia encargado de valoración de ofertas, exigiendo únicamente la valoración de las propuestas por dos personas (técnicos) que desempeñen actividades relacionadas con la materia objeto del contrato o que hayan participado directamente en la tramitación del procedimiento.

9.–Posibilidad de que los licitadores sustituyan la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos por la presentación de una declaración responsable reconociendo que cumplen con los requisitos de capacidad, representación y solvencia exigidos y comprometiéndose a acreditarlos en caso de que vaya a ser propuesto como adjudicatario, demorando la presentación de esa documentación a un momento posterior a la propuesta de adjudicación y anterior a la adjudicación del contrato, sólo para el propuesto como adjudicatario (art. 6 de la Ley 3/2011).

Más seguridad jurídica para las adjudicaciones por debajo de los umbrales de las Directivas

29. ¿Piensa que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según se explica en la Comunicación Interpretativa de la Comisión, ofrece seguridad jurídica suficiente para la adjudicación de contratos por debajo de los umbrales de las Directivas? ¿O considera que podría ser necesaria más orientación, por ejemplo sobre los indicios de un posible interés transfronterizo, o cualquier otra iniciativa de la UE? ¿En qué aspectos considera que esto sería pertinente o necesario?

Resultaría deseable encontrar un criterio objetivo para definir el interés transfronterizo de un contrato. Podría utilizarse el criterio de su umbral económico, del mismo modo que se hace respecto de los contratos sujetos a la Directiva.

2.2.3. Cooperación dentro del sector público

30. A la luz de lo anterior, ¿considera útil establecer normas legislativas a nivel de la UE en relación con el ámbito y los criterios para la cooperación dentro del sector público?

Tanto la cooperación a nivel interno (encargos *in house*) como la cooperación horizontal entre entidades del sector público suponen excepciones a la aplicación de la normativa sobre contratos públicos fundadas en la dimensión organizativa (no contractual) de esa colaboración. Sin embargo, son excepciones de base jurisprudencial, que no han sido recogidos en las Directivas (sí, en cambio, en algunas legislaciones de Estados miembros), circunstancia que hace que afloren dudas sobre las posibilidades de su utilización.

En este sentido, en tanto que excepciones al ámbito de aplicación de las Directivas, tal y como se ha señalado con anterioridad, deberían recogerse expresamente en las mismas, positivizando los criterios que

para su admisibilidad ha ido señalando el Tribunal de Justicia en sus pronunciamientos y delimitando sus contornos.

31. ¿Estaría de acuerdo en que debe desarrollarse un concepto, con determinados criterios comunes, para las formas de cooperación dentro del sector público que deben ser eximidas? En su opinión, ¿cuáles serían los elementos importantes de ese concepto?

Habida cuenta de que la cooperación entre el sector público puede articularse de maneras muy heterogéneas, y por más que algunos de sus elementos puedan resultar coincidentes, resulta difícil reducir a un concepto unitario para referirse a todas las fórmulas de cooperación. Sin embargo, podría fijarse criterios para determinar cuando una actividad es cooperación y cuando contratos.

32. ¿O le parecería preferible que hubiera normas específicas para las diferentes formas de cooperación, según la jurisprudencia del TJE (por ejemplo, cooperación interna y horizontal)? En caso afirmativo, explique por qué y cuáles deberían ser esas normas.

Sin duda lo mejor sería el establecimiento de normas específicas para cada tipo de cooperación.

Respecto de la cooperación institucionalizada deberían definirse, o al menos apuntar qué criterios ponen de manifiesto la existencia de un control análogo al ejercido sobre los propios servicios. Debe remarcarse que el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria es un tan sólo un indicio, *no decisivo* por sí solo, de que dicho poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios [compárese en este sentido la posible incongruencia que presentan las Sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo Spa,* apdo. 37 y de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), apdo. 57].

Además, debe ponerse de manifiesto que la obligatoriedad de los encargos realizados a los medios propios no es la causa de la existencia de ese control análogo, sino precisamente la consecuencia de su existencia. A veces las normas nacionales que regulan la realización de los encargos a las entidades que tienen la consideración de medios propios señalan la obligatoriedad de esos concretos encargos, y de ahí hacen derivar la existencia del control análogo, sin que se existe una posibilidad de influencia determinante sobre los objetivos estratégicos y las decisiones importantes del medio propio.

En relación con la cooperación horizontal, contribuiría a ofrecer mayor seguridad jurídica a los poderes adjudicadores que tuvieran previsto ponerla en marcha la definición de lo que deba entenderse por «prestaciones que excedan del puro intercambio de prestaciones de servicios a cambio de un precio». Debe remarcarse asimismo que la exclusión de la aplicación de la normativa sobre contratos públicos de las operaciones de cooperación horizontal únicamente alcanzaría al nacimiento del vínculo entre las partes, sin extenderse a una eventual convocatoria de licitación, cuando sea necesaria para el desarrollo de la cooperación.

33. ¿Deberían las normas de la UE regular también las transferencias de competencias? Explique por qué razones.

No. Las transferencias de competencias quedan al margen de la lógica contractual, pues sirven para flexibilizar prevenir o poner remedio a las disfunciones derivadas del propio sistema de distribución de competencias. Coincidimos en este sentido con la postura del Parlamento Europeo expresada en su Parlamento europeo, en su *Resolución sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* de 26 de octubre de 2006 (2006/2043/INI) apdo. 47.

34. En términos generales, ¿está a favor de una agregación mayor de la demanda/más contratación conjunta? En su opinión, ¿cuáles son las ventajas y las desventajas?

Desde luego que la agregación de demanda presenta indudables ventajas. La creación de centrales de compra, especialmente entre poderes adjudicadores pequeños, tiene por objetivo conseguir una mayor eficacia de la actividad contractual de los entes públicos, tanto desde el punto de vista de gestión, ya que concentra la tramitación de los procedimientos en órganos especializados, evitando que haya una multiplicidad de órganos de contratación dedicados a la adquisición de productos similares y favoreciendo la simplificación administrativa, como desde el punto de vista económico, ya que se aprovecha la reducción de costes que se puede obtener mediante adquisiciones a gran escala, lo que permite una mayor eficiencia de los recursos.

La opción de «*central de contratación*», y técnica de «*acuerdo marco*», presume que los sujetos contratantes que adquieran obras, suministros y/o servicios, por medio de la central de contratación, cumplen y respectan las normas de licitación y adjudicación de los contratos en la medida en que la central de contratación lo haga. Esta opción, resulta

especialmente indicada y operativa en el ámbito de los poderes adjudicadores pequeños.

2.2.4. Herramientas adecuadas para la agregación de la demanda/ contratación conjunta.

35. En su opinión, ¿existen obstáculos al buen funcionamiento de la agregación de la demanda/contratación conjunta? ¿Piensa que los instrumentos que estas Directivas proporcionan para agregar la demanda (central de compras, contratos marco) funcionan bien y son suficientes? Si la respuesta es negativa, ¿cómo deberían modificarse estos instrumentos? En su opinión, ¿qué otros instrumentos o disposiciones serían necesarios?

Tanto las centrales de compra como los acuerdos marco son instrumentos adecuados, pero es necesario que los Estados fomenten en mayor medida su creación. En algunos Estados la utilización de estas figuras parece estar limitada a determinadas entidades. Así por ejemplo, la legislación española señala en el art. 188.2 LCSP que «en el ámbito de la Administración local, las Diputaciones Provinciales podrán crear centrales de contratación por acuerdo del Pleno», circunstancia que puede generar dudas sobre si otras entidades (también de carácter local, de naturaleza intermedia) pueden crear centrales de compra (la legislación estatal de contratos no se refiere a esos otros entes (comarcas, veguerías, etc…) porque se trata de entidades creadas por la legislación autonómica de régimen local.

36. Piensa que el fortalecimiento de la agregación de la demanda/la contratación conjunta podría conllevar riesgos en términos de restricción de la competencia o dificultades para el acceso de las PYME a los contratos públicos? En tal caso, ¿cómo podrían reducirse los posibles riesgos?

No se aprecian riesgos para las PYME derivados de la agregación de demandas. En todo caso, deberá aplicarse buenas prácticas a este tipo de contratos agregados favoreciendo el acceso a las PYMES (ej., lotes, etc.)

37. ¿Piensa que la contratación pública conjunta sería adecuada para algunas áreas de productos específicas más que para otras? Si es así, especifique algunas de estas áreas y explique las razones.

Es posible que las mayores ventajas de la agregación de demanda se produzcan en relación con los productos y servicios de uso más co-

rriente, y no tanto en relación con las obras, debido a su naturaleza singular.

38. ¿Encuentra problemas específicos para la contratación conjunta transfronteriza (por ejemplo, en términos de legislación aplicable y procedimientos de recurso)? En concreto, ¿piensa que su legislación nacional permitiría que un poder adjudicador estuviera sujeto a un procedimiento de revisión en otro Estado miembro?

En los casos de contratación conjunta transfronteriza bastaría con advertir en la documentación que rige la adjudicación y ejecución del contrato cuál es régimen jurídico que le resulta aplicable. De ese modo, desde un momento anterior a la licitación, los operadores económicos tendrían conocimiento de las reglas aplicables.

2.2.5. Interrogantes acerca de la ejecución del contrato

Modificaciones sustanciales

39. ¿Deberían las Directivas sobre contratación pública regular la cuestión de las modificaciones sustanciales de un contrato durante su período de validez? En tal caso, ¿qué elementos de aclaración propondría?

Sin duda es una de las cuestiones pendientes. Las Directivas deberían entrar a regular más aspectos de la ejecución de los contratos, ya que los principios generales de la contratación pública (publicidad, igualdad, no discriminación, transparencia, etc…) presentan un carácter transversal, y resultan de aplicación, por tanto, también en la fase de adjudicación de los contratos.

Deberían aclararse las siguientes cuestiones:

1.–¿Son admisibles las modificaciones sustanciales cuando han sido previstas en la documentación del contrato? ¿Tienen algún límite cuantitativo o cualitativo?

2.–¿Resulta compatible con el Derecho de la Unión Europea que desde las normas nacionales sobre contratos públicos se admitan algunos supuestos de modificación?

3.–¿Debe tomarse en consideración el importe que pueden suponer esas modificaciones (las previstas en la documentación o las admitidas por la normativa) a efectos del cálculo del valor estimado del contrato?

4.–En el caso de modificaciones que tengan su origen en errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especifica-

ciones técnicas ¿es necesario depurar las responsabilidades pertinentes con carácter previo a la tramitación de la modificación?

5.–¿Son esenciales las modificaciones que supongan una reducción del precio de adjudicación del contrato?

6.–¿Debe publicarse la intención de modificar un contrato para que cualquier interesado tenga conocimiento de ello y pueda, en su caso, plantear los recursos pertinentes?

40. Cuando deba organizarse un nuevo procedimiento de licitación a raíz de la modificación de una o más condiciones esenciales, ¿estaría justificada la aplicación de un procedimiento más flexible? ¿De qué procedimiento podría tratarse?

No. Deberían utilizarse los procedimientos ordinarios. La previsión de procedimientos más flexibles puede dar lugar a prácticas incompatibles con el efecto que se pretende de volver a abrir la licitación a la competencia por haber variado sustancialmente el objeto del contrato.

Cambios relacionados con el contratista y terminación de los contratos

41. ¿Piensa que disponer de normas de la UE sobre los cambios en el contexto de la ejecución de los contratos aportaría un valor añadido? En tal caso, ¿cuál sería el valor añadido de unas normas al nivel de la UE? En particular, ¿deberían las normas de la UE disponer explícitamente la obligación o el derecho de los poderes adjudicadores de cambiar de proveedor/poner término al contrato en determinadas circunstancias? En caso afirmativo, ¿en qué circunstancias? ¿Debería la UE establecer también procedimientos específicos sobre cómo se debe o se puede elegir al nuevo proveedor?

Deberían regularse por la Unión Europea las causas de resolución de los contratos en la medida en que dichas causas tengan su origen en el incumplimiento de reglas establecidas por la propia Unión Europea.

Para la selección del nuevo proveedor podría admitirse la elaboración de «listas de reserva» que permitiesen una adjudicación automática al licitador que hubiese presentado la segunda oferta económicamente más ventajosa en el procedimiento de adjudicación, siempre que continúe interesado en la ejecución del contrato.

42. ¿Está de acuerdo en que las Directivas de la UE sobre contratación pública deben exigir a los Estados miembros que prevean en su legislación nacional el derecho a cancelar contratos cuya adjudicación haya infringido la legislación sobre contratación pública?

Sin duda. El mantenimiento de los efectos de esos contratos que han infringido la legislación sobre contratación pública en su adjudicación perjudica los objetivos y el efecto útil de esa normativa.

43. ¿Piensa que determinados aspectos de la ejecución de los contratos –y, en su caso, cuáles– deberían regularse a nivel de la UE? Explique su respuesta.

Aparte de la cuestión de la modificación de los contratos, que es de importancia capital, también podría regularse la cuestión de la cesión de los contratos, así como incidirse en la necesidad de respetar los plazos de pago previstos en la legislación sobre lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Subcontratación

44. ¿Piensa que los poderes adjudicadores deberían tener más posibilidades de influir en la subcontratación que lleve a cabo el licitador seleccionado? En tal caso, ¿qué instrumentos propondría?

No parece que sea tan necesario influir en la subcontratación como controlar la solvencia de todos los intervinientes en el proceso de ejecución del contrato público así como cuidar del buen orden de la relación entre el contratista principal y el subcontratista, pues una mala relación entre ellos puede perjudicar la correcta ejecución del contrato. Obviamente, el fomento de la integración de la solvencia con medios externos puede ser una técnica correcta (Informe dela Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 1/2010)

En este sentido, y en relación con los pagos a los subcontratistas, podría admitirse la posibilidad de que el poder adjudicador fuese quien librara esos pagos, previa conformidad del contratista principal.

2.3. UN MERCADO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA MÁS ACCESIBLE

45. ¿Piensa que las Directivas actuales permiten a los operadores económicos aprovechar plenamente las oportunidades de contratación en el mercado interior? En caso negativo: ¿qué disposiciones considera que no están bien adaptadas a las necesidades de los operadores económicos, y por qué?

Las actuales Directivas plantean ciertas dudas interpretativas que requieren su clarificación. Debe reflejarse claramente cuales son los principios reguladores y su extensión previendo respuestas rápidas ante fraudes en fase de ejecución del contrato o de fragmentación del mismo.

2.3.1. Mejora del acceso para las PYME y las empresas incipientes

46. ¿Piensa que las normas y la política de contratación pública de la UE son ya suficientemente favorables para las PYME? O, por el contrario, ¿piensa que algunas normas de la Directiva deberían revisarse o que deberían introducirse otras medidas para promover la participación de las PYME en la contratación pública? Por favor, explique por qué ha elegido una u otra opción.

El marco actual de las Directivas sobre contratación pública no tiene en cuenta de forma debida la situación de la PYME en el mercado de los contratos públicos, lo que causa impacto en el proceso de estabilización y localización de las inversiones en la Unión Europea. La participación de Pequeñas y Medianas Empresas resulta imprescindible en todo proceso de crecimiento económico. Fomentar su acceso a los contratos públicos –atendiendo tanto a su visión cuantitativa como cualitativa de éste– resulta determinante pues el incremento de la concurrencia derivado de la participación de las mismas en los procedimientos de adjudicación provoca un incremento de valor en la relación calidad-precio de los bienes y servicios destinados a los agentes públicos.

47. ¿Sería usted de la opinión de que algunas de las medidas expuestas en el Code of Best Practices (Código de Mejores Prácticas), como la subdivisión en lotes (con algunas salvedades) deberían ser obligatorias para los poderes adjudicadores?

La subdivisión de las compras públicas en lotes facilita, evidentemente, el acceso de las PYMEs, tanto en términos cuantitativos (el tamaño de los lotes puede corresponderse mejor con la capacidad productiva de la PYMEs) como cualitativos (puede haber una correspondencia más estrecha entre el contenido de los lotes y el sector de especialización de la PYMEs). Una vez delimitados los lotes del contrato (siempre que se trate de prestaciones susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o cuando así lo exija la naturaleza del objeto) procederá determinar, en el Pliego de cláusulas particulares las posibilidades de licitación. En función del tipo de prestaciones, y del mercado de oferentes de las mismas, podrá optarse bien por no limitar las posibilidades de licitación, o bien por repartir la adjudicación de los lotes entre los distintos oferentes, determinando la incompatibilidad para ser adjudicatario de varios de los lotes licitados. De una parte, conceder la posibilidad de licitar por un número ilimitado de lotes presenta la ventaja de no disuadir a los contratistas generales de participar ni desincentivar el crecimiento de las empresas (es la opción

de Austria o Francia, por ejemplo). Esta opción sería adecuada cuando no hay un mercado de oferentes del producto muy extenso. Sin embargo, presenta el inconveniente de que puede darse el caso de que una misma empresa resulte adjudicataria de un número elevado de lotes y que no se encuentre capacitada para ejecutarlos todos de forma simultánea.

De otra parte, en ocasiones (especialmente en los supuestos en los que hay una gran cantidad de oferentes de la misma prestación) los órganos de contratación pueden estar interesados en «orientar» la licitación por lotes para fomentar que accedan al contrato la mayor cantidad posible de ellos. Para ello, el órgano de contratación puede establecer en el Pliego de cláusulas particulares regulador de un contrato cuyo objeto haya sido dividido en lotes, que un licitador pueda licitar a uno o unos lotes determinados, pero no a otros, o que no puede licitar a todos los lotes en que se divide el objeto del contrato. La subdivisión de los contratos en lotes, además de favorecer la participación de PYMEs, intensifica la competencia entre los licitadores, lo que redunda en beneficio de los poderes adjudicadores, siempre que tal subdivisión sea viable y resulte adecuada a la luz de las obras, suministros y servicios de que se trate.

48. ¿Piensa que las normas relativas a la elección del licitador acarrean una carga administrativa desproporcionada para las PYME? En caso afirmativo, ¿cómo podrían flexibilizarse estas normas sin poner en peligro las garantías de transparencia, no discriminación y alta calidad en la ejecución de los contratos?

Sin duda la exigencia por poderes adjudicadores de excesiva carga documental supone una limitación al acceso de las PYMEs a los mercados públicos (adviértase que las PYMEs no suelen disponer de gran capacidad administrativa especializada, por lo que resulta imprescindible reducir al mínimo los requisitos administrativos). Sería recomendable exigir la simplificación procedimental y la descarga burocrática de la documentación exigible mediante aplicación de la técnica de la declaración responsable, para posterior comprobación antes de la adjudicación al licitador seleccionado (es el modelo del Reglamento comunitario 2342/2002, sobre normas de desarrollo del Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas, prevé generalizar el mecanismo de la declaración responsable para acreditar la situación personal del licitador en el marco de los criterios de selección cualitativa).

49. ¿Estaría a favor de una solución que exigiera la presentación

y la verificación de pruebas solo por los candidatos incluidos en una lista restringida o por el licitador elegido?

Tal posibilidad debe ser examinada a la luz del principio de igualdad e trato que exige posibilidad de todo licitador de acceder a un contrato de interés trasfronterizo. Además, puede inducir a prácticas no compatible con un adecuada gestión desde la perspectiva de integridad.

50. ¿Piensa que las declaraciones del propio empresario son una buena manera de aliviar la carga administrativa que suponen las pruebas para los criterios de selección, o no son lo bastante fiables para sustituir a los certificados? ¿Sobre qué cuestiones podrían ser útiles las declaraciones del propio empresario (en particular, datos en el ámbito de la propia empresa) y sobre cuáles no?

Nada impide que los poderes adjudicadores, a fin de cerciorarse de la aptitud del adjudicatario del contrato, puedan invitar a los candidatos o licitadores, respecto de la totalidad o parte de las pruebas documentales consideradas, a que declaren por su honor que reúnen todos y cada uno de los requisitos a los que se supedita dicha aptitud. Pero para el caso de no haber cumplido esa acreditación y existir falta de diligencia debe preverse una severa prohibición de contratar a escala comunitaria.

51. ¿Está de acuerdo en que unos requisitos demasiado estrictos acerca del volumen de negocios para demostrar la capacidad financiera resultan problemáticos para las PYME? ¿Debería la legislación de la UE establecer un porcentaje máximo para asegurar la proporcionalidad de los criterios de selección (por ejemplo: el volumen de negocios máximo exigido no puede exceder de determinado múltiplo del valor del contrato)? ¿Propondría otros instrumentos para asegurar que los criterios de selección guarden proporción con el valor y el objeto del contrato?

Estamos de acuerdo con medidas que garanticen la exigencia proporcional de criterios de solvencia. En esa medida, el sistema de clasificación empresarial de España causa cierta patologías al exigirse clasificaciones «elevadas» y ser en ciertos casos una barrera de entrada por su carácter obligatorio (debería ser potestativo).

52. ¿Cuáles serían las ventajas y las desventajas de dar a los Estados miembros la opción de permitir o exigir a sus poderes adjudicadores que obliguen al licitador seleccionado a subcontratar determinado porcentaje del contrato principal a terceros?

En el concreto mercado de los contratos públicos resulta oportuno

aportar una mayor visibilidad a las oportunidades de subcontratación y garantizar igualdad de condiciones a los subcontratistas mediante la valoración de esta opción o situación en fase de solvencia. En este sentido, debería potenciarse la utilización de la posibilidad de establecer en los Pliegos un porcentaje de subcontratación obligatoria para partes de la prestación que no excedan en su conjunto, al menos, del 30% del importe del presupuesto del contrato, cuando gocen de una sustantividad propia dentro del conjunto que las haga susceptibles de ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional o poder atribuirse su realización a empresas con una clasificación adecuada para realizarla.

2.3.2. Asegurar una competencia leal y efectiva

53. ¿Está de acuerdo en que la contratación pública puede tener una repercusión importante en las estructuras del mercado y en que los compradores deben, en la medida de lo posible, tratar de ajustar sus estrategias de contratación para luchar contra las estructuras de mercado anticompetitivas?

Estamos totalmente de acuerdo. Es necesaria una correcta y leal aplicación efectiva de los principios comunitarios de libertad de circulación, destacándose las principales ventajas que comporta la ampliación del campo de actuación de empresarios y proveedores, lo que necesariamente deberá traducirse en una reducción de costes a través de los efectos de rendimiento de escala, y en un aumento de eficacia como consecuencia de la competencia; así como una mayor posibilidad de elección por parte de los poderes adjudicadores, con ahorro de dineros públicos y mejores satisfacciones desde el punto de vista de los ciudadanos. No en vano el impacto económico de los contratos públicos es de tal dimensión que afecta a la consecución del objetivo del mercado interior.

En el ámbito de la contratación pública, la apertura a la competencia precisa ante todo la introducción de incentivos que impulsen a los compradores públicos y aquellos dotados de derechos especiales exclusivos a realizar adquisiciones aplicando procedimientos competitivos.

54. ¿Piensa que las normas y políticas europeas de contratación pública deben prever instrumentos (opcionales) que fomenten esas estrategias de contratación favorables a la competencia? En tal caso, ¿qué instrumentos propondría?

Sí que deben preverse instrumentos que favorezcan este objetivo. Introducir procedimientos simplificados, buscar criterios objetivos para

valorar las ofertas, son ejemplos procedimentales. La creación de observatorio de contratación pública puede ser un instrumento especializado de diagnóstico de problemas con opción de presentar soluciones en el objetivo pretendido.

55. En este contexto, ¿piensa que hacen falta instrumentos o iniciativas más específicos para fomentar la participación de licitadores de otros Estados miembros? Si es así, descríbalos.

Resulta evidente que debe «abrirse» el mercado, por ejemplo, mediante extensión CPV a todo contrato aunque no sea de importe comunitario y mediante sistemas de notificación de licitaciones informáticos que estén debidamente interconexionados. Admitir más de una lengua oficial para presentar una oferta puede ser una alternativa.

56. ¿Piensa que hay que mejorar el reconocimiento mutuo de los certificados? ¿Estaría a favor de crear un sistema de preselección a nivel europeo?

Sin duda debe validarse un certificado de «ámbito comunitario» y mejorar el sistema de reconocimiento de certificados mutuos. La preselección a nivel europeo puede utilizarse como elemento de garantía pero no como barrera de entrada, pues se podría perjudicar a las PYMES que difícilmente entrarán o participarán en ese proceso.

57. ¿Cómo propondría resolver la cuestión de las barreras lingüísticas? ¿Opina usted que los poderes adjudicadores deberían tener la obligación de redactarlos pliegos de condiciones para los contratos de alto valor en una segunda lengua o de aceptar ofertas en lenguas extranjeras?

En los contratos transfronterizos no es un problema la lengua dado la estructura empresarial. Sí sería una buena práctica el que se publicara en una segunda lengua.

58. ¿Qué instrumentos podrían establecer las normas sobre contratación pública para impedir el desarrollo de proveedores dominantes? ¿Cómo podrían los poderes adjudicadores protegerse mejor contra el poder de los proveedores dominantes?

Una opción sería limitar el volumen de negocio máximo que vía contrato público puede acumular un contratista siempre que el mercado ofrezca otras empresas de similar capacidad para prestar ofertas.

59. ¿Piensa que en las normas de la UE sobre contratación pública deben introducirse salvaguardias más fuertes contra los comportamientos anticompetitivos?

Sin duda, la contratación pública guarda relación con el derecho de la competencia, pero deben ser estas normas de competencia quienes regulan posiciones anticompetitivas y no las Directivas de contratos públicos.

2.3.3. Contratación en los casos de inexistencia de competencia o de derechos exclusivos

60. En su opinión, ¿puede la atribución de derechos exclusivos comprometer la lealtad de la competencia en los mercados de la contratación pública?

La existencia de un derecho exclusivo para la explotación de servicios o infraestructuras puede ser necesaria en aquellos casos de actividad de interés general que, debidamente motivo, decanten esta opción. En todo caso, el titular de derechos exclusivos, a la vista de su posición estratégica en el mercado, debe promover cierta concurrencia para evitar distorsiones del mercado.

61. En tal caso, ¿qué instrumentos propondría para mitigar esos riesgos o asegurar una competencia leal? ¿Piensa que las normas de contratación de la UE deben permitir la adjudicación de contratos sin procedimiento de contratación, en virtud de derechos exclusivos, únicamente con la condición de que ese derecho exclusivo haya sido adjudicado mediante un procedimiento de licitación transparente?

Entendemos que no. Debe existir un mecanismo de concurrencia y debe ser objeto de control por una autoridad independiente.

2.4. UTILIZACIÓN ESTRATÉGICA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN RESPUESTA A NUEVOS DESAFÍOS

2.4.1. «Cómo comprar» para realizar los objetivos de Europa 2020

Descripción del objeto del contrato y de las especificaciones técnicas

62. ¿Considera que las normas sobre las especificaciones técnicas dejan un margen suficiente para la introducción de consideraciones relacionadas con otros objetivos políticos?

En nuestra opinión, las normas sobre especificaciones técnicas dejan un margen suficiente para la introducción de consideraciones relacionadas con otros objetivos políticos. No obstante, para el operador jurídico existe cierta confusión sobre la interpretación de estas normas. Desgraciadamente, la última publicación acerca de las «*Adquisiciones sociales.*

Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas», no ayuda suficientemente a clarificar la situación.

De acuerdo con la Comunicación Interpretativa de la Comisión de 4 de julio de 2001 «sobre la legislación comunitaria de los contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos medioambientales en la contratación pública» [COM (2001), 274 final] el concepto de «especificaciones técnicas» comprende la posibilidad de requerir un tipo de materiales básicos o materias primas si ello contribuye a caracterizar un producto o servicio de manera que responda al uso que los destine el poder adjudicador, siempre en la medida en que tales requisitos cumplan el Derecho comunitario y no sean discriminatorios.

Sin embargo, pende actualmente el recurso interpuesto el 22 de julio de 2010 por Comisión Europea contra Reino de los Países Bajos (Asunto C-368/10). La Comisión pretende que se declare que el Reino de los Países Bajos ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2004/18/CE, habida cuenta de que el poder adjudicador, en el marco de la adjudicación de un contrato público para el suministro y el mantenimiento de máquinas expendedoras de café, publicado con el número 2008/S 158-213630; -prescribió, en las especificaciones técnicas, la etiqueta Max Havelaar y EKO, o al menos etiquetas con exigencias comparables o idénticas, lo que sería contrario al artículo 23, apartados 6 y 8, de la dicha Directiva.

La existencia de estas actuaciones impiden una interpretación clara de las normas europeas sobre especificaciones técnicas.

63. ¿Comparte la opinión de que la posibilidad de definir las especificaciones técnicas en términos de requisitos de rendimiento o funcionales podría permitir a los poderes adjudicadores satisfacer sus necesidades políticas mejor que su definición en términos de requisitos técnicos estrictos detallados? En tal caso, ¿propugnaría que los requisitos de rendimiento o funcionales fueran obligatorios en determinadas condiciones?

En nuestra opinión, no es necesario que los requisitos de rendimiento o funcionales sean obligatorios en determinadas condiciones. El flexible marco actual es apropiado para la permitir a los distintos poderes adjudicadores la satisfacción de necesidades políticas.

64. Por ejemplo, ¿piensa que los poderes adjudicadores utilizan suficientemente las posibilidades que ofrece el artículo 23 de la Direc-

tiva 2004/18/CE en lo que respecta a los criterios de accesibilidad[2] para las personas con discapacidades o el diseño para todos los usuarios? De no ser así, ¿qué se debe hacer?

La Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), que ha transpuesto la Directiva 2004/18/CE, establece la obligatoriedad de formular las especificaciones técnicas en términos de accesibilidad, pues en su artículo 101.1 contempla la obligación, siempre que ello sea posible, de tener en cuenta criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad la hora de establecer tales especificaciones. La accesibilidad universal y de diseño para todos se prevé como condición que deben cumplir los productos y servicios demandados en el ámbito de la contratación pública para que sean comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas (Disposición adicional vigésimo primera LCSP). Con respecto a las especificaciones técnicas, la accesibilidad se impone como un deber y no como una opción de carácter potestativo o voluntario para los órganos de contratación, aunque se reconoce, como resulta lógico, que pueden existir supuestos en que tal inclusión no sea factible, en cuyo caso «deberá motivarse suficientemente esta circunstancia».

Un primer desarrollo de este deber se ha producido mediante el Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social (BOE núm. 279, de 21 de noviembre). Por su parte, Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad, contempla que en los pliegos de condiciones de todos los concursos para la adjudicación de servicios regulares interurbanos de transporte de viajeros por carretera se harán constar, como mínimo, las condiciones exigidas sobre accesibilidad para facilitar el uso de los vehículos a las personas con discapacidad (apartado 2.4 del Anexo IV sobre las condiciones básicas de accesibilidad al transporte por carretera).

No existe ningún elemento que permita dudar de la efectividad de estos mandatos introducidos por la normativa española.

65. ¿Piensa que algunos de los procedimientos previstos en las

2. Accesibilidad, en este contexto, significa accesibilidad para las personas con limitaciones funcionales (discapacidades).

Directivas actuales[3] (como el diálogo competitivo y los concursos de proyectos) resultan especialmente adecuados para tener en cuenta las políticas medioambiental, social, de accesibilidad y de innovación?

Dado su objeto, el dialogo competitivo y los concursos de proyectos son especialmente idóneos para tener en cuenta políticas tales como las de innovación y accesibilidad. En cualquier caso, en nuestra opinión, se puede reforzar de modo más eficaz la introducción de políticas sociales, de accesibilidad y de innovación en las compras públicas sin necesidad de reformar los actuales procedimientos de licitación.

66. ¿Qué cambios propondría introducir en los procedimientos establecidos en las Directivas actuales para tener lo más en cuenta posible los objetivos políticos mencionados, salvaguardando al mismo tiempo el respeto de los principios de no discriminación y transparencia, que garantizan condiciones equitativas para todas las empresas europeas? La utilización de tecnologías innovadoras de la información y la comunicación, ¿podría ayudar específicamente a los contratadores a realizar los objetivos de Europa 2020?

En nuestra opinión, la incorporación objetivos políticos a la contratación pública puede realizarse de forma eficaz sin introducción de cambios procedimentales.

67. ¿Encuentra que hay casos en los que la restricción a proveedores locales o regionales pueda estar justificada por razones legítimas y objetivas que no estén basadas en consideraciones estrictamente económicas?

En nuestra opinión, en principio no existen motivos que justifiquen la restricción a proveedores locales o regionales.

68. ¿Piensa que permitir la utilización del procedimiento negociado con publicación previa como procedimiento estándar podría ayudar a tener en cuenta mejor consideraciones relacionadas con políticas como las de medio ambiente, las políticas sociales y las de innovación, entre otras? ¿O sería demasiado elevado el riesgo de discriminación y restricción de la competencia?

El cambio propuesto puede producir intolerables falseamientos de la competencia, incrementando los riesgos de discriminación y dificultando en consecuencia que se incremente la eficacia en el gasto público. Existen otras medidas que permitirían de un modo más eficaz introducir

3. Para la descripción de los procedimientos, véase la sección 2.1.

políticas sociales, medio ambientales y de innovación en las políticas de compra pública (Vid. respuesta a pregunta 21).

Aplicación de los criterios de selección más pertinentes

69. ¿Qué propondría como ejemplos útiles de competencia técnica u otros criterios de selección encaminados a promover la realización de objetivos como la protección del medio ambiente, la promoción de la inclusión social, la mejora de la accesibilidad para las personas discapacitadas y el fomento de la innovación?

El menor índice de siniestralidad laboral y la prevención de riesgos laborales, el mayor grado de estabilidad laboral de la plantilla de la empresa, el mayor porcentaje de trabajadores con contrato indefinido sobre el total de la plantilla podrían admitirse como criterios de selección ya que son criterios que reflejan las cualidades sociales de la empresa. El Tribunal Supremo español, en su TS en su sentencia de 26 de junio de 2006 (RJ 2006, 6108) ha reconocido que «la naturaleza del empleo de la empresa tiene su repercusión indudable en los aspectos de calidad, eficacia técnica y garantía de la oferta presentada, o en los aspectos de conocimientos técnicos y experiencia».

Por otro lado, puede emplearse la posibilidad de que el licitador utilice como medio para acreditar su solvencia técnica o profesional estar en posesión de determinadas etiquetas sociales, códigos de conducta o distintivos empresariales como la Norma SA 8000 desarrollada por la SAI (Social Accountability International) AccountAbility 1000 (AA1000) y OSHAS 18001 (Occupational Health and Safety Management Systems).

Utilización de los criterios de adjudicación más apropiados

70. El criterio de la oferta económicamente más ventajosa parece ser el más apropiado para la promoción de otros objetivos políticos. ¿Piensa que, para tener mejor en cuenta esos objetivos políticos, sería útil cambiar las normas existentes (para determinados tipos de contratos/algunos sectores específicos/en circunstancias concretas) a fin de:

70.1.1. eliminar el criterio del menor precio únicamente;

70.1.2. limitar la utilización del criterio del precio o la importancia que los poderes adjudicadores pueden atribuirle;

70.1.3. introducir una tercera posibilidad de criterios de adjudicación, además de las del menor precio y la oferta económicamente más ventajosa? En tal caso, ¿qué criterio alternativo propondría que permitiera, al mismo tiempo, promover otros objetivos políticos más

eficazmente y garantizar condiciones equitativas y una competencia leal entre las empresas europeas?

En nuestra opinión, la fase de adjudicación no es la que más potencialidades permite para la introducción de políticas de compras públicas sostenibles e innovadoras. Es más, la inclusión de criterios alternativos podría producir un falseamiento innecesario de la competencia. Es en la fase de selección del contratista y en la de ejecución del contrato dónde deben incluirse este tipo de consideraciones, de forma que se permita a las empresas competir en condiciones realmente equitativas. La exigencia de determinados estándares sociales y medioambientales debe producirse como parámetro previo a la participación de en los procedimientos de licitación y no en la fase de valoración de las ofertas, porque ello adulteraría las condiciones de competencia efectiva. Por todo lo anterior, no aconsejamos introducir una tercera posibilidad de criterios de adjudicación, ya que el criterio de oferta económicamente más ventajosa permite la inclusión de determinadas cláusulas de compra sostenible, sobre todo medioambientales, si van ligadas con el objeto del contrato.

Aunque el criterio del precio más bajo puede ser útil en determinadas compras (así suministros fuertemente estandarizados) no es el más idóneo en multitud de ocasiones. Por eso no resultaría descabellado impedir su utilización exclusiva en determinados supuestos. Así lo hace el legislador español en el art. 134.3 LCSP.

71. ¿Piensa que, en cualquier caso, la puntuación atribuida a criterios medioambientales, sociales o de innovación, por ejemplo, debería limitarse a un máximo fijado, de manera que estos criterios no adquieran más importancia que los relativos al rendimiento o a los costes?

En nuestra opinión, el empleo de criterios de adjudicación medioambientales, sociales o de innovación debe limitarse aquellos supuestos en los que estén relacionados con el objeto del contrato, para evitar distorsiones en la competencia. Entendida así la posibilidad de emplear estos tipos de criterios de adjudicación, debe permitirse al órgano de contratación determinar su valor relativo de acuerdo con las necesidades que pretenda satisfacer atendiendo, lógicamente, a una idea de proporcionalidad y razonabilidad del criterio.

72. ¿Piensa que la posibilidad de incluir criterios medioambientales o sociales en la fase de adjudicación se conoce y se utiliza? En su opinión, ¿debería explicarse mejor en la Directiva?

No se puede, en nuestra opinión, señalar que en la práctica española se conozcan suficientemente las posibilidades de introducción de criterios sociales o medioambientales en la fase de adjudicación (existen, no obstante documentos de interés, como el Informe 1/2006, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sobre utilización de criterios ambientales). La propia norma cabecera del Ordenamiento interno, la LCSP no ayuda a los órganos de contratación, ya que su tenor no es ni mucho menos fácilmente comprensible (art. 134.1 LCSP)[4].

Es más, existe el temor de que se estén empleado erróneamente este tipo de criterios, que se llegan a desvincular del objeto del contrato. Así, en determinadas guías elaboradas por poderes adjudicadores se hace entender que añadiendo una finalidad social al objeto del contrato (contrato de obras incluya como «objeto» la lucha contra el desempleo) es posible la utilización de criterios sociales, lo que en nuestra opinión es más que dudoso (en realidad, no es que el objeto contractual sea doble, sino que se añade una finalidad a la contratación). En consecuencia, en nuestra opinión resulta inaplazable que la Directiva explique mejor la posibilidad de incluir criterios medioambientales y sociales en la fase de adjudicación.

73. En su opinión, ¿debería ser obligatorio tener en cuenta los costes del ciclo de vida a la hora de determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, especialmente en el caso de los grandes proyectos? En tal caso, ¿consideraría necesario o apropiado que los servicios de la Comisión elaborasen una metodología para el cálculo de los costes del ciclo de vida?

En nuestra opinión, los costes del ciclo de la vida son un elemento de gran importancia para determinar la oferta económicamente más ventajosa. No obstante, si se quiere que dicho criterio funcione real y eficazmente, no puede imponerse hasta que se elabore una metodología

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

para el cálculo de los costes del ciclo de la vida, pues no se puede confiar en que todos los poderes adjudicadores estén preparados para realizar por sí mismos este tipo de metodologías.

Imposición de cláusulas adecuadas de ejecución del contrato

74. Las cláusulas de ejecución del contrato son la fase del procedimiento más apropiada para incluir consideraciones sociales relacionadas con el empleo y las condiciones laborales de los trabajadores que participen en la ejecución del contrato. ¿Está de acuerdo? Si no es así, ¿cuál podría ser, en su opinión, la mejor solución alternativa?

La fase de selección del contratista y las cláusulas de ejecución del contrato constituyen las fases procedimentales más apropiadas para incluir consideraciones sociales relacionadas con el empleo y las condiciones laborales de los trabajadores, así como de consideraciones ambientales.

75. En su opinión, ¿qué tipo de cláusulas de ejecución del contrato serían especialmente apropiadas para tener en cuenta aspectos sociales, medioambientales y de eficiencia energética?

Existe un amplio elenco de cláusulas de ejecución del contrato especialmente apropiadas. Sirva como ejemplo; las que tengan como objeto favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, empleo de personas desempleadas, obligación de contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional, la obligación de realizar prácticas más respetuosas con el medio ambiente que las exigidas por la legislación nacional, medidas orientadas a la menor producción de residuos, ahorro del consumo de agua, empleo de productos de la mayor eficiencia energética, etc.

76. ¿Deberían especificarse ya al nivel de la UE determinadas cláusulas generales de ejecución del contrato, en particular las relacionadas con el empleo y las condiciones laborales de los trabajadores que participan en su ejecución?

A nivel de la UE debería fijarse la obligación de respetar las disposiciones de los Convenios fundamentales de la OIT en el supuesto de que éstos no se hubieran aplicado en el Derecho nacional. De hecho debiera señalar esta obligación expresamente para cumplir con el Convenio OIT núm. 94 relativo a las cláusulas de trabajo en los contratos celebrados por las autoridades públicas en los suministros, obras o servicios que contrata, y que se financian con fondos públicos.

Podría reconocerse igualmente en el articulado de la Directiva la obligación de respetar durante la ejecución del contrato las leyes, reglamentaciones y convenios colectivos, tanto nacionales como europeos, vigentes en materia de condiciones de trabajo y de seguridad del trabajo.

Comprobación de los requisitos

77. ¿Piensa que el marco actual de contratación pública de la UE debe proporcionar soluciones específicas para tratar la cuestión de la comprobación de los requisitos a lo largo de la cadena de suministro? En caso afirmativo, ¿qué soluciones propondría para abordar esta cuestión?

Para que la inclusión de cláusulas sociales sea realmente efectiva, la UE debe proporcionar soluciones específicas para tratar la cuestión de comprobación de los requisitos a lo largo de la cadena de suministros. Así, podría preverse la posibilidad de exigir a las empresas un compromiso con los derechos laborales a lo largo de la cadena de producción que sea verificable a través de una certificación social o una auditoría externa independiente.

78. ¿Cómo se podría ayudar mejor a los poderes adjudicadores a comprobar los requisitos? ¿Facilitarían su labor el desarrollo de sistemas y documentación normalizados de evaluación de la conformidad y la utilización de etiquetas? Si se adopta este tipo de planteamiento, ¿qué puede hacerse para reducir todo lo posible las cargas administrativas?

Aunque puede llevar un incremento de las cargas administrativas, el desarrollo de etiquetas sociales nos parece el sistema más sencillo para que los poderes adjudicadores puedan comprobar estos requisitos. La tramitación de la correspondiente certificación ha de ser ágil, y los criterios para su aplicación objetivos, no discriminatorios y fácilmente comprensibles para las empresas, para que no se produzca un incremento desproporcionado de las cargas administrativas. Esta solución se nos antoja algo descuidada por parte del Derecho de la Unión europea.

Vínculo con el objeto/con la ejecución del contrato

79. Algunas partes interesadas sugieren que se flexibilice o incluso que se suprima la condición de que los requisitos impuestos por el poder adjudicador deben estar vinculados al objeto del contrato (esto permitiría exigir, por ejemplo, que los licitadores apliquen una política de igualdad de género en el empleo o que empleen determi-

nada cuota de categorías específicas de personas, como desempleados, personas con discapacidad, etc.). ¿Está de acuerdo con esta propuesta? En su opinión, ¿cuáles serían las ventajas o las desventajas de relajar o eliminar el vínculo con el objeto?

En nuestra opinión, es posible relajar las exigencias de vínculo con el objeto contractual en aquellas fases contractuales en las que esta matización no produzca una distorsión de la competencia. Así, si se relaja esta vinculación en la fase de selección o en la de ejecución, no sólo no se falsea la competencia, sino que en realidad lo que se permite es la competencia sobre la base de condiciones equitativas, ya que las ofertas de las empresas están destinadas a cumplirse en idénticas condiciones sociales y ambientales. Como desventaja hay que asumir que el precio de las ofertas pueda ser más elevado.

80. Si se relaja el vínculo con el objeto, ¿qué mecanismos correctores, en su caso, deberían aplicarse para mitigar los riesgos de discriminación y de restricción considerable de la competencia?

No aconsejamos que se relaje el vínculo con el objeto. Es más, debería insistirse en la necesidad de que exista ese vinculo y que sea claro y directo.

81. ¿Cree que las PYME podrían tener problemas para cumplir los requisitos? De ser así, ¿cómo debería, a su juicio, tratarse esta cuestión?

Se puede admitir la existencia de un cierto riesgo de incrementar las dificultades para las PYMEs. Este riesgos debería mitigarse mediante el apoyo a políticas de refuerzo de los mecanismos de responsabilidad social y medio ambiental de la empresa y empleo medidas específicas de apoyo a PYMES en el marco de la contratación pública (vid. respuestas al apartado 3.1).

Si cree que el vínculo con el objeto debería relajarse o eliminarse, ¿en cuál de las etapas sucesivas del proceso de contratación debería hacerse?

82.1. ¿Considera que, al definir las especificaciones técnicas, es conveniente atenuar el requisito de que las especificaciones relacionadas con el proceso y con los métodos de producción estén vinculadas a las características del producto, a fin de dar cabida a elementos que no están reflejados en las características del producto (por ejemplo, cuando se compra café, pedir al proveedor que pague a los productores una prima que deberá invertirse en actividades encaminadas a promover el desarrollo socioeconómico de las comunidades locales)?

En nuestra opinión, este tipo de consideraciones pueden incluirse con menor dificultad en el ámbito de las condiciones de ejecución. De otro modo se puede dificultar la comparación de ofertas homogéneas por parte del poder adjudicador.

82.2. ¿Piensa que la legislación de la UE sobre contratación pública debería permitir a los poderes adjudicadores aplicar criterios de selección basados en características de las empresas no vinculadas al objeto del contrato (por ejemplo, exigir a los licitadores que apliquen una política de empleo que respete la igualdad de género, o una política general de cuotas de empleo de categorías específicas de personas, por ejemplo, desempleados, personas con discapacidad, etc.)?

Como hemos señalado en la respuesta a la pregunta 69, en nuestra opinión se debería permitir a los poderes adjudicadores aplicar criterios de selección basados en características de las empresas no vinculadas al objeto del contrato. Las características subjetivas de las empresas y su fiabilidad están relacionadas con la calidad de la prestación. Además, la fase de selección cualitativa tiene un alto potencial para la introducción de nuevas estrategias políticas en la contratación pública.

82.3. ¿Considera que el vínculo con el objeto del contrato debería atenuarse o eliminarse en la fase de adjudicación para tener en cuenta otras consideraciones políticas (por ejemplo, dar más puntos a los licitadores que empleen a desempleados o a personas con discapacidad)?

En nuestra opinión, en esta fase no debería atenuarse el vínculo con el objeto del contrato, pues se impediría al poder adjudicador comparar ofertas homogéneas, lo que provocaría una distorsión de la competencia (vid. respuesta a la pregunta 70).

82.3.1. Otros criterios de adjudicación que no fueran los del menor precio o la oferta económicamente más ventajosa y que no estuvieran vinculados al objeto del contrato podrían separar la aplicación de las normas de contratación pública de la UE de la de las normas sobre ayudas estatales, ya que la adjudicación de contratos con arreglo a criterios no económicos podría conllevar la concesión de ayudas estatales, lo cual podría resultar problemático conforme a las normas de la UE al respecto. ¿Comparte esta inquietud? En caso afirmativo, ¿cómo debería tratarse esta cuestión?

No consideramos pertinente la admisión de otros criterios de adjudicación (vid. respuesta a la pregunta 70).

82.4. ¿Piensa que la legislación de la UE sobre contratación pública debería permitir a los poderes adjudicadores imponer cláusulas de ejecución del contrato que no estén estrictamente vinculadas al suministro de los productos o a la prestación de los servicios en cuestión (por ejemplo, exigir al contratista que organice servicios de guardería para sus empleados o exigir que se asigne determinada cantidad de la retribución a proyectos sociales)?

La legislación de la UE sobre contratación pública debería permitir a los poderes adjudicadores imponer cláusulas de ejecución no estrictamente vinculados con el objeto contractual, si se quiere que sea efectiva la utilización estratégica de la contratación pública en respuesta a nuevos desafíos (vid. respuestas a preguntas 74 y 75).

2.4.2. «Qué comprar» en apoyo de los objetivos políticos de Europa 2020.

83. ¿Piensa que las obligaciones a nivel de la UE sobre «qué comprar» son una buena manera de realizar otros objetivos políticos? ¿Cuáles serían las principales ventajas y desventajas de este planteamiento? ¿Para qué áreas de productos o servicios concretas o para qué políticas específicas piensa que serían útiles las obligaciones sobre «qué comprar»? Por favor, explique por qué ha elegido una u otra opción. Ponga ejemplos de prácticas de contratación de los Estados miembros que pudieran reproducirse al nivel de la UE.

La introducción de obligaciones a nivel de la UE sobre «qué comprar», aunque sería sin duda una medida efectiva, podría plantear enormes dificultades atendiendo al tamaño, capacidad económica de los distintos poderes adjudicadores y las diferencias de entorno económico existentes en la UE. Por ello, a nivel de la UE se considera más adecuada una política e incentivos para la contratación de determinados tipos de bienes o servicios. También una política destinada a dar a difundir, y hacer más atractiva la compra pública sostenible. El ejemplo de las políticas llevadas a cabo en los Países Bajos nos parece muy interesante[5].

Por otro lado, si se reputa necesario, debe ser la legislación nacional la que imponga las decisiones sobre «qué comprar».

84. ¿Piensa que, si se adoptan nuevas obligaciones relativas a «qué comprar» a nivel de la UE, estas deberían recogerse en la legislación sobre políticas específicas (medio ambiente, energía, social, acce-

5. Detallada en *http://www.senternovem.nl/sustainableprocurement/index.asp*

sibilidad, etc.) o, por el contrario, deberían imponerse con arreglo a la legislación general de la UE sobre contratación pública?

En nuestra opinión, si se adoptan nuevas obligaciones relativas a «qué comprar», éstas deben incluirse en la legislación general de la UE sobre contratación pública para evitar la fragmentación normativa de la legislación sobre contratación pública, así como para facilitar su aplicación.

85. ¿Piensa que las obligaciones sobre «qué comprar» deberían imponerse a nivel nacional? ¿Considera que esas obligaciones nacionales podrían conducir a una posible fragmentación del mercado interior? En caso afirmativo, ¿cuál sería la manera más apropiada de reducir ese riesgo?

Las obligaciones sobre «qué comprar» deberían imponerse a nivel nacional (vid. respuesta a pregunta 83). En nuestra opinión, el riesgo de fragmentación del mercado interior no es excesivamente elevado.

86. ¿Piensa que las obligaciones sobre qué comprar deben consistir en obligaciones dirigidas a los poderes adjudicadores respecto a un nivel de implantación (por ejemplo, de la contratación pública ecológica) o a las características de los bienes, servicios u obras que deben adquirir, o en criterios específicos que deben tenerse en cuenta entre otros elementos de la licitación?

Si se quiere que la utilización estratégica de la contratación pública sea eficaz, es preciso que se dote de un marco normativo transparente y que posibilite que los poderes adjudicadores y operadores económicos conozcan con claridad que se les pide en cada momento. Por ello, resulta más adecuado el establecimiento de características de los bienes, servicios u obras que se deben adquirir. Ahora bien, para facilitar una aproximación flexible a estos objetivos, una vez detallados los instrumentos (mediante descripción de las características) se puede imponer obligaciones progresivas respecto al nivel de implantación. En consecuencia, ambas aproximaciones no son excluyentes.

86.1. ¿Qué margen de maniobra se debe dejar a los poderes adjudicadores a la hora de tomar decisiones de compra?

En nuestra opinión, dado que la capacidad de gasto de los poderes adjudicadores no es homogénea, con carácter general deben retener un importante margen de maniobra para tomar decisiones de compra.

86.2. ¿Deben los requisitos obligatorios fijar tan solo un nivel

mínimo, de manera que los poderes adjudicadores puedan fijar requisitos más ambiciosos?

Se debe permitir a los poderes adjudicadores fijar requisitos más ambiciosos; no existe ningún obstáculo que lo impida y ello permitiría implementar las potencialidades de la utilización estratégica de la contratación pública.

87. En su opinión, ¿cuál sería el mejor instrumento para tratar el desarrollo tecnológico por lo que respecta a la tecnología más avanzada (por ejemplo, encargar a una entidad que supervise qué tecnología ha alcanzado la fase más avanzada de desarrollo, o exigir a los poderes adjudicadores que tengan en cuenta, entre los criterios de adjudicación, el de cuál es la tecnología más avanzada, o por otros medios)?

El establecimiento de un control por parte de entidades de supervisión puede llevar un incremento de las cargas/costes administrativos. Se considera más adecuado exigir a los poderes adjudicadores que tengan en cuenta la tecnología más avanzada como criterios de adjudicación y potenciar la admisibilidad de mejoras –o en su caso, variantes– siempre que no alteren el objeto del contrato y su ponderación sea conocida de antemano con el objetivo de garantizar el principio de igualdad de trato. Se debe tener en cuenta como mejora la cláusula de progreso que se ofrezcan por los licitadores.

88. La introducción de criterios u objetivos obligatorios sobre qué comprar no debe llevar a la eliminación de la competencia en los mercados de contratación. ¿Cómo puede tenerse en cuenta el propósito de no eliminar la competencia a la hora de establecer esos criterios u objetivos?

Los Países Bajos han adoptado una política muy ambiciosa de contratación pública sostenible. Los Tribunales holandeses han refrendado esta actuación[6], comprobando que en las licitaciones objeto de examen no se introducen condiciones desproporcionadas al existir un abanico notable de suministradores capaces de cumplir los estándares, incluidos suministradores de otros países europeos. Esta orientación nos parece muy adecuada.

---

6. Sirva como ejemplo el caso Groningen, Tribunal de Distrito de Groningen, sentencia 23-11-2007 (97093/KG ZA 07-320) Disponible (en holandés) en la siguiente dirección electrónica: *http://zoeken.rechtspraak.nl/resultpage.aspx?snelzoeken=true&searchtype=ljn&ljn=BL7898&u_ljn=BL7898*. Vid igualmente caso caso Alkmaar and Den Helder, sentencia del Tribunal de Distrito de Alkmaar.

89. ¿Considera que la imposición de obligaciones sobre «qué comprar» incrementaría la carga administrativa, en especial para las pequeñas empresas? En tal caso, ¿cómo podría reducirse este riesgo? ¿Qué tipo de medidas de aplicación o de orientación deberían acompañar a estas obligaciones?

Se puede admitir la existencia de un cierto riesgo de incrementar las dificultades para las PYMEs si se imponen obligaciones sobre «qué comprar». Este riesgos debería mitigarse mediante el apoyo a políticas de refuerzo de los mecanismos de responsabilidad social y medio ambiental de la empresa y empleo medidas específicas de apoyo a PYMES en el marco de la contratación pública (vid. respuestas al apartado 3.1). Si se incentiva las prácticas vinculadas a la responsabilidad social de las empresas desde distintos frentes, no tendría por qué suponer una carga.

90. Si no está usted a favor de que se impongan obligaciones sobre «qué comprar», ¿consideraría apropiados otros instrumentos (por ejemplo, recomendaciones u otros incentivos)?

Consideramos más adecuada la política de incentivos, o la de recomendaciones, mediante la elaboración de manuales detallados dónde se expliquen las condiciones que deben reunir los productos o servicios para que las compras públicas de los distintos productos sean sostenible.

2.4.3. Innovación

91. ¿Piensa que es necesario promover o incentivar más la innovación a través de la contratación pública? ¿Qué incentivos o medidas apoyarían y acelerarían la aceptación de la innovación por los organismos públicos?

En nuestra opinión, es un hecho evidente que se puede impulsar de un modo más eficaz la innovación a través de la contratación pública incorporando las denominadas cláusulas de progreso y valorando como solvencia el carácter innovador de la empresa.

92. ¿Piensa que el diálogo competitivo permite suficiente protección de los derechos de propiedad intelectual y de las soluciones innovadoras, de tal manera que los licitadores no se vean privados de los beneficios de sus ideas innovadoras?

Carecemos de suficientes datos empíricos que nos permitan afirmar el diálogo competitivo permite suficientemente la protección de los derechos de propiedad intelectual.

93. ¿Piensa que otros procedimientos servirían mejor al requisito de fortalecer la innovación protegiendo las soluciones originales? En tal caso, ¿qué tipo de procedimientos serían los más apropiados?

La admisibilidad de mejoras –excepcionalmente variantes– en el resto de procedimientos permite fortalecer la innovación.

94. En su opinión, el planteamiento de la contratación precomercial, que implica que los poderes adjudicadores contraten servicios de I+D para el desarrollo de productos que aún no están disponibles en el mercado, ¿es adecuado para fomentar la innovación? ¿Es necesario ampliar la puesta en común de las mejores prácticas o el análisis comparativo de las prácticas de contratación de I+D utilizadas en los Estados miembros para extender el uso de la contratación precomercial? ¿Podría haber otros medios, no recogidos explícitamente en el marco jurídico actual, por los cuales los poderes adjudicadores pudieran solicitar el desarrollo de productos o servicios aún no disponibles en el mercado? ¿Le parece que los poderes públicos podrían fomentar con medidas específicas la participación de las PYME y las empresas incipientes en la contratación precomercial? 95.-¿Hacen falta otras medidas específicas para promover la capacidad de innovación de las PYME? En tal caso, ¿qué tipo de medidas específicas propondría?

En nuestra opinión, la contratación precomercial tiene un enorme potencial aún no desarrollado. La puesta en común de las mejores prácticas o el análisis comparativo pueden ser útiles para incrementar su desarrollo. Resulta por ello conveniente una regulación suficiente y detallada.

95. ¿Hacen falta otras medidas específicas para promover la capacidad de innovación de las PYME? En tal caso, ¿qué tipo de medidas específicas propondría?

La valoración como elemento de solvencia y la calificación de productor con etiqueta «innovadora» pueden coadyuvar a este objetivo.

96. ¿Qué tipo de medidas de evaluación de los resultados propondría para supervisar el progreso y la repercusión de la contratación pública innovadora? ¿Qué datos harían falta para estas medidas de los resultados y cómo podrían reunirse sin que ello suponga una carga adicional para los poderes adjudicadores o los operadores económicos?

Se podrían incluir auditorías independientes del rendimiento de la contratación pública innovadora. También se podrían incluir evaluacio-

nes comparativas con respecto a rendimientos anteriores. El resultado de las auditorías debe ponerse a disposición del público en general.

2.4.4. Servicios sociales

97. ¿Considera que las características específicas de los servicios sociales deben tenerse más en cuenta en la legislación de la UE sobre contratación pública? En tal caso, ¿cómo debe hacerse?

En nuestra opinión, a salvo de la respuesta a la pregunta 97.1.1, la legislación de la UE sobre contratación pública es lo suficientemente flexible en el ámbito de la contratación de los servicios sociales. En todo caso, conviene aclarar el significado y posibilidades nacionales de esta flexibilidad.

97.1. ¿Cree que determinados aspectos relativos a la contratación de servicios sociales deben estar más regulados a nivel de la UE con el fin de mejorar su calidad? En particular:

97.1.1. ¿Deben las Directivas prohibir el criterio del menor precio para la adjudicación de contratos/limitar la utilización del criterio del precio/limitar la importancia que los poderes adjudicadores pueden dar al precio/introducir una tercera posibilidad de criterios de adjudicación, además de los del menor precio y la oferta económicamente más ventajosa?

Como complemento a la respuestas a las pregunta 70, este ámbito es especialmente idóneo para prohibir o limitar el criterio del precio.

97.1.2. ¿Deben las Directivas admitir la posibilidad de que se reserven contratos de servicios sociales para organizaciones sin ánimo de lucro? ¿Deben estas organizaciones disfrutar de otros privilegios en el contexto de la adjudicación de contratos de servicios sociales?

La disposición adicional sexta LCSP establece un criterio de preferencia a favor de las entidades sin ánimo de lucro para la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, siempre que la finalidad o actividad de dichas entidades tenga relación directa con el objeto del contrato y se encuentren en igualdad de condiciones con las que sean económicamente más ventajosas. El ámbito de la gestión indirecta de los servicios sociales públicos, distintas leyes autonómicas prevén en su articulado que se atribuya capacidad para contratar con las Administraciones públicas autonómicas a las entidades sin ánimo de lucro. A título de ejemplo cabe señalar que una de estas leyes es la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Gali-

cia. También la Ley 3/2011 de medidas de Contratos del Sector Público de Aragón aborda la regulación de **las reservas sociales de contratos a favor de Centros Especiales de Empleo y de Empresas de Inserción** –de carácter obligatorio– que se determinarán anualmente por Ley de Presupuestos en forma de porcentaje mínimo y máximo sobre el importe total anual de la contratación de suministros y servicios precisos para el funcionamiento ordinario de la Comunidad Autónoma realizada en su último ejercicio cerrado (para el año 2011 la propia Ley ya dispone una reserva de entre el 3 y el 8 por ciento en su Disposición Transitoria Cuarta).

En nuestra opinión, la admisión de reservas de estos contratos a organizaciones sin ánimo de lucro respondería a la realidad social nacional. En la fase de selección, podrían otorgarse también algunos privilegios.

97.1.3. Flexibilizar los criterios de adjudicación o reservar contratos para determinados tipos de organizaciones podría mermar la capacidad de los procedimientos de contratación para asegurar que esos servicios sean adquiridos «al menor coste para la comunidad» y, en consecuencia, conllevar el riesgo de ayudas estatales en esos contratos. ¿Comparte estas preocupaciones?

La incorporación de criterios sociales en la contratación pública implica asumir el evidente riesgo de que la prestación se adquiera a un mayor precio, aunque ha de considerarse que los beneficios sociales obtenidos justifican ese incremento de costes económicos a corto plazo. No en vano el principio de eficiencia debe ser examinado desde la lógica de interconexión de parámetros económicos y sociales.

Por ejemplo, los datos económicos demuestran la rentabilidad económica de la inserción laboral de personas en situación desfavorecida, la Federación Española de Empresas de Inserción publicó en el año 2005 un estudio titulado Identificación y diagnóstico integral de las empresas de inserción en España, en el cual se indica que el flujo económico generado en cada empresa de inserción por trabajador supone 11.090,35 € anuales, y que el ahorro público por trabajador de inserción (menor coste social por persona y año para el Sector Público) es de 4.417,54 €. Lo cual, según este estudio, supone un beneficio económico estimado anual de 15.507,89 € por persona incorporada al mercado de trabajo, que en términos globales permite un ahorro anual de unos 10,1 millones de euros en políticas sociales públicas.

Sin duda la reserva de contratos es una opción no solo conveniente

sino necesaria. Debería igualmente analizarse la problemática de la colaboración de ONGs sin ánimo de lucro en funciones asistenciales en el ámbito sanitario y social, donde bien podría preverse la reserva de contratos a empresas de dichas características debidamente registradas y que cumplen una destacada función de colaboración.

97.2. ¿Cree que otros aspectos de la contratación de servicios sociales deberían estar menos regulados (por ejemplo, mediante umbrales más altos o norma *de minimis* para estos servicios)? ¿Cómo se justificaría la concesión de este trato especial a los servicios sociales?

En nuestra opinión, el marco para la contratación de servicios sociales, excepción hecha de la respuesta a la pregunta 97.1.2 es suficientemente flexible y no requiere un trato especial.

2.5. ASEGURAR LA INTEGRIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS

2.5.1. Prevención de los conflictos de intereses

98. ¿Estaría a favor de introducir una definición de la UE del conflicto de intereses en la contratación pública? ¿Qué actividades o situaciones que contengan un riesgo potencial deberían estar contempladas (relaciones personales, intereses empresariales, como la participación en el capital, incompatibilidades con actividades externas, etc.)?

El conflicto de intereses en la contratación pública supone la quiebra de uno de sus más importantes principios que es el de igualdad y, por esa razón, entendemos que debe tener una entidad propia en las Directivas sobre contratación pública, que en este momento no tiene.

La quiebra de la imparcialidad implica la adopción por parte de los servidores públicos de decisiones que se desvían del objetivo propio de cualquier actuación administrativa con el fin de obtener alguna clase de beneficio para sí o para un tercero. Este hecho va en contra de una normativa contractual que debe estar presidida por los principios de integridad, transparencia e igualdad de trato.

No podemos olvidar, además, que en esta materia, ya se ha contemplado la incorporación de los conflictos de intereses como causa de exclusión del procedimiento de adjudicación contractual. Por ejemplo, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) cuando decidió actualizar su Ley Modelo, se preocupó por este mismo asunto, de manera que incorporaba al texto de la Ley Modelo la exclusión en el procedimiento contractual del proveedor o

contratista que hubiera ofrecido algún incentivo, gozase de alguna ventaja competitiva desleal o que se encontrase en una situación de conflicto de intereses y ofrecía una definición de conflicto de intereses (A/CN.9/WG.I/WP.64, párrafo 11, de 2 de julio de 2008).

Además de ello, y a nivel de la UE, tanto el Reglamento Financiero aplicable al Presupuesto general de las Comunidades Europeas, como los distintos Reglamentos aplicables al Fondo Europeo de Desarrollo (FED), prevén expresamente la exclusión en la adjudicación de los contratos por parte de aquellos candidatos, solicitantes o licitadores que, durante el procedimiento de adjudicación del mismo se hallen en una situación de conflicto de intereses.

99. ¿Piensa que hacen falta salvaguardias para prevenir, localizar y resolver eficazmente las situaciones de conflicto de intereses a nivel de la UE? En tal caso, ¿qué tipo de salvaguardias consideraría útiles?

Las salvaguardias debieran proceder de las dos partes de la contratación; es decir, tanto de los licitadores y candidatos, como de los propios órganos de contratación, promoviendo técnicas para garantizar la imparcialidad de las autoridades que intervienen en los procedimientos de adjudicación.

En nuestra opinión, sería necesario contemplar expresamente como un motivo de exclusión del procedimiento de adjudicación contractual el hecho de que un licitador o candidato se encuentre incurso en una situación de conflicto de intereses, e indicar qué se entiende por conflicto de intereses.

Al excluir la posibilidad de contratar con las entidades públicas a quienes se encuentren incursos en posibles conflictos de intereses, se garantizaría la integridad del procedimiento y se estaría cumpliendo con los compromisos de lucha contra la corrupción recogidos en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Ahora bien, cabe señalar, por ejemplo, que en la legislación española al tratar uno de los elementos de los conflictos de intereses, cual es el de las incompatibilidades, y referidas éstas al ámbito local, diferencia la situación que da lugar a una prohibición de contratar en atención a la financiación del contrato. Así, entiende que la única incompatibilidad en materia de contratación existe en los supuestos que el contrato se financia total o parcialmente a cargo de la Corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes. En este caso, el elemento de in-

compatibilidad es que los concejales, vía un contrato público, perciban fondos del Ayuntamiento.

2.5.2. Lucha contra el favoritismo y la corrupción

100. ¿Comparte la opinión de que los mercados de la contratación pública están expuestos a un riesgo de corrupción y favoritismo?

Sí. La contratación pública es una de esas áreas expuestas a las prácticas corruptas en atención al elevado volumen de recursos económicos que moviliza y la influencia que sobre determinadas decisiones comporta. Dichos porcentajes constituyen un incentivo para que las empresas, mediante el uso de prácticas corruptas, intenten obtener posiciones más favorables que sus competidores. Esta aseveración parece además confirmarse por los numerosos casos de corrupción vinculados a la adjudicación de contratos públicos que van más allá de casos aislados y que se manifiestan tanto en países en vías de desarrollo como en países desarrollados.

Además de ello, y en el ámbito de la UE, podemos observar que a través de los resultados de los Eurobarómetros *Attitudes of Europeans towards Corruption* (2007 y 2009) un importante porcentaje de los encuestados también relaciona directamente corrupción con contratación pública, puesto que a la pregunta: «En su país, ¿cree usted que la entrega y aceptación de sobornos o el abuso de posiciones de poder para beneficio personal están ampliamente extendidos entre las siguientes actividades?», uno de cada dos europeos encuestados considera que la corrupción se encuentra arraigada entre los funcionarios y los agentes encargados de la adjudicación de contratos públicos.

¿Piensa que es necesaria una actuación de la UE en este ámbito o debe dejarse únicamente a los Estados miembros?

La UE debe actuar necesariamente en este ámbito por el peligro que entraña determinadas formas de delincuencia con una dimensión transnacional en un espacio sin fronteras como es el europeo. Ello a pesar de que la preocupación de los ciudadanos europeos ante los distintos casos de corrupción se manifiesta sobre todo a nivel nacional, pues una mayoría cree que las actuaciones para prevenir y luchar contra este fenómeno se deben producir, sobre todo, en el ámbito judicial y por parte de los gobiernos nacionales [59% y 57% según los resultados de los Eurobarómetros *Attitudes of Europeans towards Corruption* (2007 y 2009)].

La UE debiera seguir profundizando en establecer una estrategia anticorrupción general, no sólo centrada en el ámbito de la contratación

pública, y que incluya tanto mecanismos de prevención, como represivos.

En nuestra opinión, la lucha contra la corrupción requiere un enfoque pluridisciplinar que se integre con otras políticas de la Unión a fin mantener la necesaria coherencia entre todas ellas. No podemos olvidar de que se trata de un importante problema dentro de las fronteras de la UE si atendemos a los resultados del Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) de la ONG Transparencia Internacional correspondientes a los Estados miembros durante el período 2004-2010, puesto que de los 27 Estados que conforman la Unión más de un 25 por ciento de ellos (de 6 a 8 según los años) se sitúan por debajo de una puntuación óptima de 5, lo que supone un elevado porcentaje.

No puede olvidarse que es este el escenario adecuado en tanto los efectos nocivos de la corrupción se manifiestan claramente en el ámbito económico, pero igualmente inciden a nivel social y político (tal y como bien destaca T. MEDINA) y para ello el ámbito comunitario es el más adecuado.

101. En su opinión, ¿cuáles son los riesgos críticos que afectan a la integridad en cada fase del proceso de contratación pública (definición del objeto, preparación de la licitación, fase de selección, fase de adjudicación y ejecución del contrato)?

Las prácticas corruptas en la contratación pública pueden surgir en cualquiera de las fases del procedimiento de adjudicación contractual, pues aunque las posibilidades de corruptelas son más elevadas durante la evaluación de las ofertas de cara a la selección del contratista, los riesgos no se limitan a esa fase contractual.

En la fase precontractual puede, por ejemplo, crearse una demanda artificial de bienes y servicios innecesarios que no satisfagan necesidades reales del órgano de contratación. Asimismo, puede facilitarse información que otorgue ventaja a determinados licitadores con respecto a otros, o bien las especificaciones técnicas empleadas para identificar el objeto del contrato pueden limitar la presentación de ofertas competitivas al direccionarse en favor de determinados licitadores, de tal manera que solamente unos pocos las puedan satisfacer.

Las irregularidades por corrupción también pueden afectar a los mecanismos de adjudicación contractual al limitar la concurrencia de posibles interesados en el contrato. Por ejemplo, recurriendo al procedimiento negociado cuando no se dan las circunstancias para ello, o frac-

cionando el objeto del contrato para sustraerse a las reglas de publicidad y concurrencia.

En la fase de adjudicación del contrato los principales riesgos pueden ocasionarse: (a) por la falta de claridad a la hora de fijar los criterios de adjudicación, (b) por una ponderación inadecuada de dichos criterios, (c) por la ausencia de comunicación a los candidatos y a los licitadores sobre las decisiones relativas a la adjudicación del contrato, (d) por un sistema de recursos ineficaz ante las decisiones de adjudicación y, por último, (e) por la celebración de contratos con determinadas personas que se encuentran incursas en incompatibilidades o en situación de conflicto de intereses que pueden influir o mediar en favor de determinados licitadores.

En la fase de ejecución contractual son múltiples también las causas que pueden favorecer las prácticas corruptas y ocasionar una distorsión del sistema contractual. En primer lugar, por el abuso de la subcontratación; en segundo lugar, por la utilización arbitraria de las prórrogas del contrato, y finalmente, lo que parece constituir un seguro refugio para la corrupción, por la utilización fraudulenta de la revisión de precios y de la posibilidad de modificación contractual con la única finalidad de revertir en el precio del contrato los pagos realizados en concepto de sobornos, incrementando, en ocasiones de manera obscena, su importe final.

Otros riesgos pueden surgir también en el momento del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato como, por ejemplo, rebajando la calidad en las prestaciones objeto del contrato, o bien realizando pagos por trabajos no realizados o por unidades de obra no ejecutadas. Igualmente los riesgos pueden acechar desde los servidores públicos cuando, a cambio de un precio, acortan los plazos para efectuar el pago del contrato, o cuando, por el contrario, retienen su pago en espera de la obtención de un beneficio.

102. En su opinión, ¿cuáles de los riesgos encontrados deben tratarse introduciendo normas nuevas o más específicas en las Directivas sobre contratación pública de la UE, y de qué manera (qué normas o salvaguardias)?

En las Directivas de la UE sobre contratación pública se debe seguir insistiendo en medidas de carácter preventivo, pero quizá falte articular un mecanismo más estricto respecto de las prohibiciones de contratar menos formal y que proteja efectivamente la idea de honorabilidad.

Así, las alternativas para hacer frente al flagelo de la corrupción

en la contratación pública se deben seguir basando en una normativa contractual presidida por los principios de transparencia e igualdad de trato, pero sin descuidar los mecanismos de vigilancia y control de cara a verificar el cumplimiento de la legalidad en todas las fases contractuales, también en la fase de ejecución contractual.

De esta manera, aquel licitador o candidato que haya realizado declaraciones falsas respecto de su aptitud para contratar, o muestre su falta de profesionalidad a lo largo del contrato, debiera ser excluido en futuras licitaciones mediante un procedimiento de descalificación o inhabilitación que, por supuesto, sea respetuoso con los derechos del licitador o candidato, pero que tenga un verdadero efecto disuasivo para quien pretenda contratar con una entidad del sector público.

103. ¿Qué instrumentos adicionales podrían proporcionar las Directivas para hacer frente a la delincuencia organizada en la contratación pública? ¿Estaría a favor, por ejemplo, de que se estableciera un control previo de la subcontratación?

Como se ha señalado con anterioridad, las medidas destinadas a luchar contra la corrupción desde las Directivas de la UE sobre contratación pública debieran ser, sobre todo, de carácter preventivo, pero previendo cambios en la regulación de las prohibiciones de contratar.

Y es que, en este momento en el cual la base jurídica del Tercer pilar ha quedado obsoleta tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009), podría evaluarse la conveniencia de ajustar las definiciones de delitos tales como corrupción y delincuencia organizada a la metodología comunitaria y proceder a su «comunitarización». Incluso incorporando definiciones de estos delitos en las Directivas sobre contratación pública y haciendo depender de ellas las prohibiciones de contratar. En todo caso, conviene aclarar cuando despliega efectos esta prohibición evitando que largos procesos judiciales demoren o impidan de hechos sus efectos. Así, la apertura de un juicio oral debería ser suficiente para que la prohibición desplegase sus efectos.

Respecto de la subcontratación, tal como he indicado en la pregunta 101, el uso incorrecto de esta figura puede llegar a desvirtuar el objetivo de la normativa contractual. Una solución a este respecto, podría ser que tanto el licitador y el candidato como el subcontratista con quien se va a concertar la realización de más de un determinado porcentaje del valor del contrato, debieran acreditar ante el órgano de contratación, y antes de la formalización del contrato que disponen de los requisitos de

aptitud para poder contratar (capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar).

Para cumplir este fin hay que reforzar los mecanismos de control tanto mediante la función de inspección y control de los Tribunales de cuentas, Agencias de Lucha antifraude[7] y, sobretodo, mediante la necesaria independencia de un control efectivo y rápido. Hay que exigir una mayor cualificación y responsabilidad de los «gestores» públicos (evitar la politización). Debe orientarse la legislación hacia una cultura ética de la actuación administrativa que garantice y promueva la integridad en la gestión de los asuntos públicos.

2.5.3. Exclusión de los licitadores deshonestos

104. ¿Piensa que el artículo 45 de la Directiva 2004/18/CE sobre la exclusión de los licitadores es un instrumento útil para sancionar los comportamientos empresariales ilícitos? ¿Qué mejoras de este mecanismo o qué mecanismos alternativos propondría?

El establecimiento de las prohibiciones de carácter obligatorio que se contemplan en el artículo 45.1 de la Directiva 2004/18/CE fue concebido como un mecanismo de lucha contra determinados tipos delictivos; sin embargo, en nuestra opinión no cumplen con esta finalidad debido a tres circunstancias:

1. Dificultades de precisión normativa. El efecto disuasorio se desvirtúa ante un aspecto tan concreto como es la falta de calificación común respecto de los elementos integradores de las infracciones penales que dan soporte a estas prohibiciones. Asimismo, tras examinar cómo los Estados miembros han transpuesto el artículo 45.1 de la Directiva 2004/18/CE a su Derecho interno, se puede afirmar la existencia de diferencias significativas respecto de los criterios adoptados para definir las conductas delictivas que originan una prohibición de contratar de carácter obligatorio. Además, existen importantes diferencias en cuanto

7. Un ejemplo es la Ley 14/2008, del 5 de noviembre (modificada por 7/2009, de 13 de mayo), de la Oficina Antifraude de Cataluña crea la Oficina Antifraude de Cataluña, entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, con el fin de prevenir e investigar posibles casos de uso o destino ilegales de fondos públicos o cualquier otro aprovechamiento irregular derivado de conductas que conlleven conflicto de intereses o el uso en beneficio privado de informaciones derivadas de las funciones propias del personal al servicio del sector público. En Portugal, desde hace un par de años existe el Consejo para la Prevención de la Corrupción, que es un órgano administrativo independiente que trabaja «con» el Tribunal de Cuentas de Portugal para la prevención de la corrupción y los delitos conexos (art. 1º da Lei nº 54/2008).

a la criminalización nacional de estas conductas, es decir, en los Estados miembros conviven diversas fórmulas de tipificación respecto de los delitos abordados.

2. El segundo obstáculo es de concreción práctica, de efectividad en la prevención y represión de tales conductas. El propósito de la exclusión obligatoria de convertirse en un eficaz instrumento de lucha contra la corrupción se desvanece ante la falta de información a los órganos de contratación de las sentencias que recogen las condenas por corrupción. Esta carencia dificulta la aplicación práctica de la medida no sólo entre Estados miembros, sino también dentro de las fronteras de cada Estado. Se debiera proceder a una interconexión electrónica de los registros que recojan prohibiciones de contratar o inhabilitaciones del contratista.

3. Las dificultades continúan en la búsqueda de un procedimiento para ejecutar las resoluciones judiciales de un Estado miembro en otro Estado de la UE.

105. ¿Cómo podría reforzarse la cooperación entre los poderes adjudicadores para obtener información sobre la situación personal de los candidatos y licitadores?

En este sentido, en el ámbito del Reglamento Financiero, se están dando pasos importantes con la creación de una base de datos en la cual aparezcan recogidos los candidatos o licitadores condenados por corrupción en los distintos Estados miembros y creo que se debe incidir en la interconexión de los registros. En el Reglamento financiero se plantea, y creo que acertadamente, que antes de tomar la decisión de adjudicar un contrato financiado con recursos del Presupuesto General y del FED, el órgano de contratación garantice que ningún interesado en dicho contrato, es decir, el candidato, licitador, contratista, proveedor, prestador de servicios y los correspondientes subcontratistas, se encuentran inscritos en el Sistema de Alerta Temprana (W5) que es la alerta que se activa cuando alguno de estos interesados está en situación de exclusión de la participación en un procedimiento de adjudicación contractual de conformidad con el Reglamento Financiero [Artículo 9.5 de la Decisión 2008/969 (CE, Euratom), de la Comisión, de 16 de diciembre de 2008, relativa al sistema de alerta rápida para uso de los ordenadores de la Comisión y de las agencias ejecutivas y el Reglamento (CE, Euratom) 1302/2008, de la Comisión, de 17 de diciembre de 2008, relativo a la base de datos central de exclusión).

106. ¿Piensa que la cuestión de las «medidas autocorrectoras»

debería tratarse expresamente en el artículo 45 o regularse sólo a nivel nacional?

En nuestra opinión las medidas de «*self cleaning*» debieran de quedar en el ámbito nacional como ocurre en la actualidad con la regulación de Austria o de Alemania; no obstante, para incidir más en este apartado concreto del artículo 45 de la Directiva 2004/18/CE se debiera fijar de manera más clara qué supuestos entran dentro de la derogación del carácter obligatorio de la prohibición de contratar por entenderse de interés general, ya que al no ofrecer una definición –o un catálogo de supuestos incluidos en la excepción– dificulta su aplicación práctica.

107. La decisión razonada de rechazar una oferta o una candidatura, ¿es una sanción adecuada para mejorar el respeto del principio de igualdad de trato?

Sí, siempre que cumpla con los parámetros de racionalidad y razonabilidad. Además se debe dar la posibilidad al licitador o candidato de recurrir el acto de exclusión en caso de que considere que no es adecuado su rechazo.

108. ¿Piensa que, a la luz del Tratado de Lisboa, deben desarrollarse a nivel de la UE unas normas mínimas en materia de sanciones penales, en circunstancias particulares, como las de corrupción o conflicto de intereses no declarado?

Dado que para el ordenamiento jurídico de la Unión existe un interés manifiesto en que toda disposición del Derecho de la Unión reciba una interpretación uniforme, es necesario superar los obstáculos que suponen los enfoques nacionales divergentes en el Derecho penal.

Para evitar divergencias en atención a los distintos ordenamientos penales nacionales, y dado que los conceptos de corrupción, fraude u organización delictiva a los que remiten las Directivas sobre contratación pública se forjaron sobre la base jurídica del Tercer pilar y ésta ha quedado obsoleta tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, sería más que adecuado ajustar las definiciones de estos delitos a la metodología comunitaria y proceder a su «comunitarización»[8]. Es así que resultaría recomendable que se adopten técnicas de integración a través de mecanismos de Derecho derivado (reglamentos, directivas y decisiones)

8. Esta necesidad de armonizar las disposiciones jurídicas de los Estados miembros en relación con los delitos de corrupción, ya se había puesto de manifiesto en la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de diciembre de 1995 sobre la lucha contra la corrupción en Europa (A3-0314/95) (DOCE C 17, de 22 de enero de 1996, pág. 443).

que aseguren una armonización de los tipos penales comprendidos bajo estos conceptos. Esta recomendación está en línea con lo establecido por el artículo 83 TFUE que se refiere a la capacidad de la Unión en aproximar las legislaciones penales de los distintos Estados miembros mediante normas mínimas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, ya no hay razones para que en las Directivas sobre contratación pública no se incluyan conceptos autónomos propios del Derecho Penal, como la definición de corrupción y de organización delictiva.

Recordemos además que ya en el trámite de elaboración de la Directiva 2004/18/CE, la Propuesta de Directiva, procedía a una definición autónoma de las conductas que estaban comprendidas en cada uno de estos tipos delictivos, COM (2000) 275 final, de 30 de agosto de 2000 (DOCE C 29E, de 30 de enero de 2001). No obstante, este concreto apartado fue cuestionado por parte del Parlamento europeo al entender que esta tipificación penal por parte de las Directivas sobre contratación pública suscitaba debates inútiles sobre el fundamento jurídico que posibilitaba dicha tipificación. Por ello, la Propuesta modificada de Directiva cambió las definiciones propias por la remisión a instrumentos propios del Tercer pilar, COM (2002) 236 final, de 6 de mayo de 2002 (DOCE C 203E, de 27 de agosto de 2002).

2.5.4. Prevención de ventajas injustas

109. ¿Debe haber normas específicas a nivel de la UE para tratar las ventajas de algunos licitadores por su relación previa con el diseño del proyecto objeto de la licitación? ¿Qué salvaguardias propondría?

La exclusión automática puede resultar una decisión conveniente aunque puede resultar desproporcionada si no existe riesgo de «contaminación» de ofertas.

110. ¿Piensa que el problema de las posibles ventajas de licitadores concurrentes debe tratar de resolverse a nivel de la UE y, en tal caso, de qué manera?

Sin duda es una cuestión a resolver en la normativa de la Unión Europea, fijando criterios generales claros.

2.6. ACCESO DE LOS PROVEEDORES DE TERCEROS PAÍSES AL MERCADO DE LA UE

111. ¿Cuál es su experiencia en relación con los mecanismos pre-

vistos en los artículos 58 y 59 de la Directiva 2004/17/CE, o su opinión al respecto?

111.1. ¿Deberían mejorarse estas disposiciones? En caso afirmativo, ¿de qué manera? ¿Podría ser conveniente ampliar el ámbito de aplicación de estas disposiciones más allá de la contratación de servicios públicos?

Las medidas proteccionistas ligadas a la contratación pública van en contra de los principios fundamentales desarrollados en este sector por el Derecho de la UE y dan una imagen negativa de la Unión en el exterior.

No se considera conveniente ampliar el ámbito de aplicación de estas disposiciones.

Para mejorar la simetría habría que acudir principalmente al principio de reciprocidad, apoyando la regulación al respecto en una definición precisa del citado principio.

Al contrario de lo que señala el Libro Verde, en muchos de los acuerdos en materia de contratación pública suscritos por la UE con terceros países, como ocurre con los firmados con países de América Latina, como es el caso del Tratado de Libre Comercio entre México y la UE, la práctica está demostrando que son muchas más las empresas europeas que están participando en procedimientos de contratación en México que las empresas mexicanas que se han presentado en Europa.

112. ¿Qué otros mecanismos propondría para mejorar la simetría en el acceso a los mercados de la contratación pública?

No se nos ocurren otros mecanismos. Podría ser conveniente organizar un foro de expertos para analizar esta concreta cuestión.

2.7. OTRAS CUESTIONES

113. ¿Hay otras cuestiones que le parezca que deberían tratarse en una futura reforma de las Directivas sobre contratación pública de la UE? ¿Qué cuestiones serían? En su opinión, ¿cuáles son los problemas que deben resolverse y cómo podrían enfocarse sus posibles soluciones?

El ámbito de este cuestionario es suficientemente amplio. Introducir más cuestiones podría no ayudar a clarificar las soluciones propuestas.

114. Clasifique por orden de importancia las cuestiones tratadas en el presente Libro Verde y otras que a usted le parezcan importantes.

Si tuviera que elegir tres cuestiones prioritarias que deberían tratarse en primer lugar, ¿cuáles serían? Explique por qué las ha elegido.

a) Clarificación del alcance de los principios y su significado, en tanto garantizan una política integral de contratación pública que conjugue adecuadamente los paradigmas de eficacia y eficiencia y refleje adecuadamente la idea de una gestión integra de los distintos contratos en todas sus fases.

b) Valoración de los criterios sociales, ambientales y de innovación, en tanto permiten visualizar un mercado de los contratos públicos desde la perspectiva de la responsabilidad social estratégica, abundando en al idea del modelo social de la Unión Europea, que debe orientar a la conveniencia de «fijación de empresas».

c) Regulación suficiente de la fase de ejecución del contrato, en aras a garantizar la no alteración del procedimiento de licitación y la adecuada satisfacción de la prestación demandada, introduciendo técnicas de publicidad y concurrencia ante eventuales modificaciones.