

Observatorio de Contratos Públicos 2011

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ

Director

MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY

Coordinador

Observatorio de Contratos Públicos 2011

Autores

ANA I. BELTRÁN GÓMEZ
ISABEL GALLEGO CÓRCOLES
XIMENA LAZO VITORIA
TERESA MEDINA ARNÁIZ
FRANCISCO PUERTA SEGUIDO

JESÚS PUNZÓN MORALEDA
FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ
PATRICIA VALCÁRCEL FERNÁNDEZ
JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA
MARÍA ASUNCIÓN SANMARTÍN MORA



1542

Universidad
Zaragoza



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE EDUCACIÓN, CULTURA
Y DEPORTE

CIVITAS



THOMSON REUTERS

Primera edición, 2012



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. Dirijase 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

© 2012 [Thomson Reuters (Legal) Limited / J. M. Gimeno Feliú (Dir.), M. Á. Bernal Blay (Coord.) y otros]

Editorial Aranzadi, SA

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-470-4033-9

Depósito Legal: NA 1379/2012

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

	<u>Página</u>
PRESENTACIÓN	21
I. REFLEXIONES GENERALES	
CAPÍTULO 1	
LA NECESIDAD DE UN CÓDIGO DE CONTRATOS PÚBLICOS EN ESPAÑA. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LAS PYMES COMO ESTRATEGIA DE REACTIVACIÓN DE LA ECONOMÍA ...	27
JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ	
Introducción	27
I. La «insuficiencia» de las previsiones del TRLCSP de 2011. La necesaria interpretación conforme a los principios del Derecho comunitario	30
II. La historia de una transposición en continuo movimiento y la necesidad de un código de contratos públicos	40
III. Un código de contratos públicos como apuesta estratégica para la reactivación económica: la contratación pública y las PYMES	59
CAPÍTULO 2	
REPERCUSIONES DE LA CRISIS ECONÓMICA SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	85
JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA	
I. Introducción. Crisis económica y contratos públicos	85
1. <i>Primera etapa: la inyección de fondos públicos. Los fondos estatales de inversión local</i>	86
2. <i>Segunda (y actual) etapa: la reducción del gasto público</i>	89
II. La lucha contra la morosidad de las administraciones públicas. La Ley 15/2010 y las medidas adoptadas por el Real Decreto-ley 4/2012 para la financiación del pago de las deudas a los proveedores de las entidades locales	91

SUMARIO

	<u>Página</u>
III. La limitación de los modificados contractuales	97
IV. Las recientes reformas relativas a la subcontratación	99
V. La insuficiente utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos de contratación de las administraciones públicas españolas	100
VI. La inseguridad jurídica resultante de las constantes reformas de la legislación contractual. Las próximas reformas del derecho europeo y nacional	103

II. NOVEDADES EN LA LEGISLACIÓN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO 3

MEDIDAS ADOPTADAS POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS	111
ANA I. BELTRÁN GÓMEZ	
I. Introducción	111
II. Medidas que pretenden incrementar el control y la «sostenibilidad» de las finanzas públicas	112
III. Medidas tendentes a la simplificación y la eficiencia en la contratación pública	118
IV. Medidas destinadas a introducir previsiones en materia de modificaciones de contratos públicos	123
1. <i>Declaración de interés público</i>	<i>123</i>
2. <i>Publicidad de los modificados</i>	<i>126</i>
3. <i>Otras previsiones singulares de modificación de contratos</i>	<i>128</i>

III. OBSERVATORIO DE CONTRATOS PÚBLICOS

CAPÍTULO 4

OBSERVATORIO DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS	133
ISABEL GALLEGO CÓRCOLES	
Introducción	134
I. Distribución de competencias en materia de contratación pública	134

SUMARIO

	Página
II. Contratos excluidos: contratos patrimoniales	136
III. Delimitación de tipos contractuales	137
1. <i>Las fronteras entre contrato de servicios y concesiones de servicios</i>	137
2. <i>Contratos de gestión de servicios públicos: concepto de ejercicio de autoridad</i>	140
3. <i>Contratos de servicios del anexo II A frente a contratos de servicios del anexo II B de la Directiva 2004/18/CE: Diferencias de régimen jurídico aplicable</i>	141
4. <i>Contratación conjunta de elaboración de proyecto y ejecución de obra: carácter excepcional</i>	143
IV. Partes en el contrato. Capacidad y solvencia del empresario	143
1. <i>Interpretación de los requisitos de solvencia técnica</i>	143
2. <i>Prohibiciones de contratar: falsedad</i>	144
V. Duración del contrato y prohibición de prorrogas no previstas inicialmente	145
VI. Precio y cuantía del contrato	147
1. <i>Obras complementarias: determinación y pago del precio</i>	147
2. <i>Pago del precio por aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto</i>	148
3. <i>Revisión de precios</i>	150
4. <i>Contratos de obra bajo modalidad de abono total del precio e intereses de demora</i>	151
VII. Preparación de los contratos. El expediente de contratación	152
1. <i>Omisión del informe acreditativo de la necesidad e idoneidad del contrato</i>	152
2. <i>¿Concurso de proyectos o procedimiento abierto?</i>	154
3. <i>La inclusión de la experiencia como criterio de adjudicación</i> .	155
VIII. Adjudicación de los contratos	156
1. <i>Falta de contestación por escrito de una duda planteada por un licitador antes de presentar su oferta</i>	156
2. <i>Actuaciones de las mesas de contratación</i>	157
2.1. <i>La sustitución del Secretario de la mesa de contratación no provoca la invalidez de sus acuerdos</i>	157

SUMARIO

	<u>Página</u>
2.2. Proposiciones simultáneas y admisibilidad de ofertas presentadas por empresas del mismo grupo.....	157
2.3. Defectos y omisiones subsanables.....	159
2.4. Fijación de subcriterios de adjudicación con posterioridad a la apertura de las ofertas.....	160
3. <i>Requisitos para la declarar desierto un concurso</i>	162
IX. Revisión de decisiones en materia de contratación	162
1. <i>Legitimación activa para la interposición de recurso</i>	162
2. <i>Motivación suficiente y comienzo del cómputo del plazo de interposición del recurso</i>	165
3. <i>Finalidad y objeto del recurso de revisión</i>	167
4. <i>Tutela resarcitoria</i>	167
X. Restablecimiento económico del equilibrio económico del contrato	169
XI. Cumplimiento del contrato	175
1. <i>Recepción tácita de las obras</i>	175
2. <i>Extinción de la responsabilidad del contratista</i>	175
XII. Resolución contractual	176
1. <i>Plazo máximo para resolver un expediente de resolución contractual</i>	176
2. <i>Resolución del contrato de suministro y devolución del objeto suministrado</i>	176
3. <i>Resolución del contrato de obras y devolución de las garantías</i>	177
XIII. Abreviaturas utilizadas	178
CAPÍTULO 5	
OBSERVATORIO DE LA ACTIVIDAD DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS	
TERESA MEDINA ARNÁIZ	
I. Introducción	180
II. Ámbito de análisis	182
III. Los informes emitidos por parte de las distintas juntas consultivas	184

SUMARIO

	Página
1. <i>Ámbito subjetivo de aplicación</i>	185
2. <i>Objeto de los contratos</i>	187
2.1. Calificación y régimen jurídico	188
2.2. Negocios y contratos excluidos.....	193
2.3. El recurso especial en materia de contratación	200
3. <i>Las partes en el contrato</i>	203
3.1. Los órganos de contratación.....	204
3.2. La aptitud para contratar con el sector público....	207
3.3. Capacidad y solvencia del empresario	208
3.4. Prohibiciones de contratar	212
3.5. Clasificación de las empresas	217
4. <i>Objeto, precio y cuantía del contrato</i>	220
4.1. Precio y cuantía del contrato	221
4.2. Garantías	228
5. <i>La preparación de los contratos</i>	234
5.1. Pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas	234
5.2. Publicidad	238
6. <i>La selección del contratista y la adjudicación de los contratos</i>	239
6.1. Procedimientos de adjudicación	240
6.2. Proposiciones de los interesados.....	249
6.3. Criterios de valoración de las ofertas	254
7. <i>Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos</i>	260
7.1. Ejecución.....	260
7.2. Modificación	264
7.3. Extinción.....	266
7.4. Subcontratación.....	267
8. <i>Otras cuestiones de carácter general</i>	272
IV. Informes sobre proyectos de disposiciones en materia de contratos	274
1. <i>Respecto de la JCCA del Estado</i>	274

SUMARIO

	Página
2. <i>Informes de otras Juntas Consultivas</i>	278
V. Recomendaciones, acuerdos, instrucciones y circulares	279
1. <i>Ley de Economía Sostenible</i>	279
2. <i>Texto refundido de la LCSP</i>	280
3. <i>Otras recomendaciones e instrucciones</i>	280
VI. Guías de actuación para los órganos de contratación en apoyo de objetivos de interés general	281
1. <i>La «contratación verde»</i>	283
2. <i>La compra pública innovadora y precomercial</i>	284
VII. Normativa e informes de las juntas consultivas u órganos consultivos en materia de contratación pública	288
1. <i>Administración General del Estado</i>	288
2. <i>Comisión consultiva de contratación pública de Andalucía</i> ...	293
3. <i>Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón</i>	294
4. <i>Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias</i>	298
5. <i>Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Castilla y León</i>	299
6. <i>Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña</i>	299
7. <i>Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Galicia</i>	302
8. <i>Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares</i>	302
9. <i>Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Madrid</i>	303
10. <i>Junta de Contratación Pública de Navarra</i>	304
11. <i>Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana</i>	305
VIII. Bibliografía	306
CAPÍTULO 6	
OBSERVATORIO DE LA ACTIVIDAD DE LOS ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES EN 2011	311
MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY	
I. Puesta en funcionamiento de órganos de recursos contractuales en 2011	313

SUMARIO

	Página
II. Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación pública y de los órganos competentes para su resolución en 2011	321
III. Consideraciones generales sobre la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2011.....	328
IV. Análisis estadístico de la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2011.....	331
1. <i>Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC)</i>	332
2. <i>Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA).....</i>	332
3. <i>Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TCPCM)</i>	333
4. <i>Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (TARCA).....</i>	334
V. La doctrina de los órganos de recurso. Aspectos procesales o de forma del recurso	334
1. <i>La calificación del escrito de recurso</i>	334
2. <i>Competencia del órgano encargado de resolver el recurso.....</i>	335
3. <i>Contratos susceptibles de recurso.....</i>	336
3.1. <i>Calificación del contrato</i>	336
3.2. <i>Contratos de gestión de servicios públicos.....</i>	338
3.2.1. <i>Primer requisito: gastos de primer establecimiento.....</i>	339
3.2.2. <i>Segundo requisito: plazo de duración del contrato.....</i>	340
3.3. <i>Contratos de naturaleza privada</i>	340
3.4. <i>Contratos no susceptibles de recurso.....</i>	341
3.4.1. <i>Contratos que no superan los umbrales establecidos para que pueda plantearse recurso especial.....</i>	341
3.4.2. <i>Contratos de servicios excluidos del ámbito de aplicación de la LCSE</i>	342
3.4.3. <i>Contratos administrativos especiales.....</i>	343

SUMARIO

	<u>Página</u>
3.4.4. Contratos que no tengan por objeto la realización de obras, servicios o suministros.....	344
4. <i>Actos susceptibles de recurso</i>	344
4.1. Actos no recurribles	344
4.2. Actos recurribles	348
5. <i>Legitimación para recurrir</i>	350
5.1. Personas jurídicas	351
5.2. Representantes de trabajadores.....	354
5.3. Miembros de Uniones Temporales de Empresas por separado.....	356
5.4. Usuarios de los servicios públicos que constituyen el objeto del contrato adjudicado.....	356
6. <i>Plazo de presentación del recurso</i>	357
6.1. El «dies a quo» para recurrir: «...desde el día siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado»	358
6.2. Recurso contra Pliegos que se dan a conocer mediante su publicación electrónica.....	359
6.3. Recurso contra la exclusión del licitador.....	360
7. <i>Anuncio previo de la interposición del recurso al órgano de contratación</i>	362
8. <i>Lugar de presentación del recurso</i>	363
9. <i>Contenido del escrito de recurso y documentación que debe acompañarse al mismo</i>	364
9.1. Poder de representación	366
9.2. Escritos ampliatorios de un recurso presentado ...	368
9.3. Lengua del procedimiento	368
10. <i>Audiencia a los interesados</i>	368
11. <i>La terminación del procedimiento</i>	370
11.1. Desistimiento del recurso.....	370
11.2. Allanamiento de la parte recurrida	370
11.3. La desaparición del objeto del recurso en el momento de la resolución.....	371

SUMARIO

	<u>Página</u>
12. <i>Multas por temeridad o mala fe en la interposición del recurso</i>	372
13. <i>Efectos de la resolución. Recursos procedentes contra la resolución de un recurso especial.....</i>	374
VI. La doctrina de los órganos de recurso. Aspectos materiales o de fondo del recurso	377
1. <i>Los Pliegos que han de regir la adjudicación y ejecución del contrato</i>	377
1.1. <i>Aptitud para contratar. Personalidad jurídica y capacidad para contratar</i>	377
1.1.1. <i>Capacidad de obrar de las Uniones Temporales de Empresarios</i>	378
1.1.2. <i>Capacidad de varios licitadores que concurren con el compromiso de constituir una sociedad futura</i>	379
1.2. <i>Requisitos de solvencia.....</i>	381
1.2.1. <i>Incompatibilidad del requisito de la clasificación con la exigencia adicional de requisitos de solvencia</i>	381
1.2.2. <i>Medios de acreditación de solvencia y niveles mínimos exigidos para la ejecución del contrato.....</i>	382
1.2.3. <i>Objetividad de los criterios de solvencia .</i>	382
1.2.4. <i>Proporcionalidad de los requisitos de solvencia.....</i>	383
1.3. <i>Los criterios de adjudicación</i>	384
1.3.1. <i>La forma de valorar los criterios de adjudicación</i>	384
1.3.2. <i>Orden en que han de valorarse los criterios de adjudicación</i>	385
1.3.3. <i>La comunicación previa del resultado de la valoración de los criterios no cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas</i>	386
1.3.4. <i>Criterios de adjudicación inadmisibles.....</i>	387
2. <i>Las Resoluciones de adjudicación. En especial, la cuestión de su motivación</i>	389

SUMARIO

	<u>Página</u>
3. <i>Otras cuestiones de interés</i>	392
3.1. El procedimiento negociado	392
3.2. Extensión del carácter excepcional que presenta la redacción de proyecto y ejecución de obra prevista para los contratos de obra a otros contratos	394
3.3. Subrogación de trabajadores.....	395
3.4. Solicitud de aclaración de ofertas por los órganos de contratación.....	397
3.5. Secreto de las proposiciones	402
3.6. Acuerdos marco restrictivos de la competencia....	403

IV. CUESTIONES DE ÁMBITO SECTORIAL

CAPÍTULO 7

LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA	407
MARÍA ASUNCIÓN SANMARTÍN MORA	
I. La gestión de la contratación pública: de tarea administrativa a profesión estratégica	407
II. Los nuevos retos de la contratación pública en Europa y la necesidad de profesionalizar su gestión	410
1. <i>Ampliación de los objetivos de la contratación</i>	413
2. <i>Implantación definitiva de la contratación electrónica</i>	413
3. <i>Exigencia de mayor flexibilidad en los procedimientos de adjudicación</i>	414
4. <i>Garantizar la integridad en la contratación</i>	415
III. La profesionalización de la contratación pública, un tema recurrente en el proceso de modernización de las Directivas europeas sobre contratación pública	417
IV. La profesionalización de la contratación pública que propugna la UE	421
1. <i>Características de la profesionalización</i>	421
1.1. Se refiere a la formación y preparación de todos los sujetos implicados en la contratación	421

SUMARIO

	Página
1.2. Busca un enfoque práctico	422
1.3. Responde a un planteamiento ético	423
1.4. Dedicar una especial atención a los pequeños poderes adjudicadores y a las PYME	424
2. <i>Actuaciones que se proponen para conseguir la profesionalización</i>	424
2.1. Formación	424
2.2. Creación de servicios de asistencia y apoyo.....	426
2.3. Intercambio de información y buenas prácticas ...	428
2.4. Externalización de funciones auxiliares a la contratación.....	429
2.5. Técnicas de agregación de la demanda.....	429
V. A modo de conclusiones	430
CAPÍTULO 8	
COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA, ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y PRINCIPIO DE EFICIENCIA DE LOS FONDOS PÚBLICOS	435
PATRICIA VALCÁRCEL FERNÁNDEZ	
I. Contratación pública en tiempos de crisis: su adaptabilidad a los objetivos de política económica	435
II. El auge de las fórmulas de colaboración público-privada	442
III. ¿Compatibilidad del fomento de fórmulas de CPP con una coyuntura de crisis?	450
IV. El <i>value for money</i> como criterio de eficiencia en las CPP	457
CAPÍTULO 9	
LAS OBRAS DE URBANIZACIÓN Y LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA UE DE 26 DE MAYO DE 2001 SOBRE LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA VALENCIANA	463
XIMENA LAZO VITORIA	
Introducción	463
I. Los términos del debate: ¿son aplicables las normas de la contratación pública a la adjudicación de los Programas	

SUMARIO

	Página
para el Desarrollo de Actuaciones Integradas previstos por la legislación valenciana?.....	465
II. La respuesta del Tribunal: la necesidad de acreditar que las obras de urbanización son la «prestación principal» del contrato mixto.....	467
III. La doctrina del TJCE relativa a los contratos mixtos.....	468
IV. La calificación de las obras de urbanización como un contrato de obras: ¿qué significa que el contrato debe tener carácter oneroso?.....	472
V. El marco normativo	472
VI. La interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca del significado del carácter oneroso del contrato público.....	474
VII. Bibliografía.....	478
 CAPÍTULO 10	
EL RÉGIMEN DE LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO EN EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 3/2011, TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.....	481
FRANCISCO PUERTA SEGUIDO	
I. Algunas consideraciones previas y generales sobre las prerrogativas de modificación de los contratos por la Administración Pública.....	481
II. El régimen jurídico actual de la prerrogativa de modificación de los contratos.....	492
1. <i>Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación</i>	496
2. <i>Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación</i>	498
3. <i>El procedimiento establecido para el ejercicio de la prerrogativa de modificación del contrato</i>	505
3.1. Procedimiento general aplicable a la modificación de los contratos administrativos (arts. 211, 108 y 219 TRLCSP; 97 y 102 RD 1098/2001)	506
3.2. Algunas singularidades del procedimiento de modificación	508

SUMARIO

	<u>Página</u>
4. <i>Las especialidades previstas para los modificados en cada una de las figuras contractuales</i>	509
4.1. Las modificaciones en el contrato de obras	509
4.2. Modificación del proyecto y de la obra en el contrato de concesión de obra pública.....	511
4.3. La modificación del contrato de gestión de servicios públicos	511
4.4. La modificación del contrato de suministro	512
4.5. Modificación de los contratos de servicios de mantenimiento	512
III. Bibliografía	513
 CAPÍTULO 11	
EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS	515
JESÚS PUNZÓN MORALEDA	
FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ	
I. Secuencia evolutiva de los contratos atendiendo a su modificación	515
1. <i>La cláusula «rebus sic stantibus»</i>	517
II. Introducción al concepto de equilibrio económico del contrato	536
III. Regulación actual	551
1. <i>Esquema de conclusiones</i>	573
IV. Bibliografía	576
V. Anexo	580

PRESENTACIÓN

Con este nuevo ejemplar del Observatorio de los Contratos Públicos de 2011 se trata de dar cuenta de las principales novedades en torno a la contratación pública. En especial, destaca el proyecto de nueva Directiva que obligará a reformar nuestra legislación contractual antes del 30 de junio de 2014.

La Comisión ya había publicado en enero de 2011 un *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE* con el que puso en marcha una amplia consulta pública sobre los cambios legislativos que podrían introducirse para facilitar y flexibilizar la adjudicación de los contratos. La consulta pública en la que desde este grupo de investigación se participó de forma activa¹ – finalizó en abril de 2011, recibiendo en total 623 respuestas, procedentes de una gran variedad de grupos de partes interesadas, como Gobiernos, empresas, asociaciones industriales, personalidades del mundo académico, organizaciones de la sociedad civil (incluidos los sindicatos) y ciudadanos particulares. El mayor número de respuestas procedió del Reino Unido, Alemania y Francia.

La nueva propuesta de Directiva relativa a la contratación pública – COM(2011) 896– contiene 96 artículos y, por primera vez, se ocupa de aspectos de la ejecución del contrato relacionados con la adjudicación como son las cuestiones relativas a la modificación y a la resolución. Aparecen artículos totalmente novedosos y otros se adaptan o modifican. Son varias las novedades; cabe destacar el artículo 11 (encomiendas y convenios), el 21 y 22 (abstención, recusación, declaración de los licitadores de no haber realizado conductas ilícitas tendentes a obtener ventajas en la licitación: lucha contra el favoritismo y la corrupción), el 27.1

1. En el libro col. *Observatorio de Contratos Públicos 2010* (Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 459-516) se recogen las contribuciones presentadas por nuestro grupo de investigación.

(procedimiento de licitación con negociación, generalizando la negociación), el 29 (asociaciones para la innovación, otra nueva fórmula para contratar), el 34 (los catálogos electrónicos como una forma para presentar ofertas), el 44 (división del objeto en lotes), el 57 (declaraciones responsables para acreditar la solvencia) el 59 (pasaporte europeo de contratación para acreditar las condiciones de capacidad y solvencia), el 67 (el criterio de adjudicación de coste del ciclo de vida) el 72 (modificación de los contratos), el 73 (resolución de los contratos), los artículos 74, 75 y 76 (régimen de contratación particular para los servicios sociales que permite que los estados miembros puedan tener en cuenta la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad del servicio), 84 (supervisión pública por un organismo público independiente, 87 (asistencia a poderes adjudicadores y empresas).

Los principales cambios que parecen derivar de esta nueva normativa se pueden sintetizar en lo siguiente:

I.–Se pretende flexibilizar y simplificar los procedimientos. Junto a los procedimientos ya conocidos conviene destacar que la propuesta ofrece un régimen de contratación simplificado que se aplica a todos los poderes adjudicadores cuyo ámbito está situado por debajo del nivel de la Administración central. Así, las autoridades locales y regionales podrán utilizar un anuncio de información previa como convocatoria de licitación. Si utilizan esta posibilidad, no tienen que publicar un anuncio de licitación aparte antes de poner en marcha el procedimiento de contratación. Asimismo, pueden fijar algunos límites temporales con mayor flexibilidad previo acuerdo con los participantes. Además, se han acortado los plazos para la participación y la presentación de ofertas, lo que permite una contratación más rápida y más racional. Se potencia la figura del procedimiento negociado –que obliga a negociar– pero ya no puede ser utilizado para las obras complementarias.

La propuesta prevé la obligación de aceptar las declaraciones responsables de los licitadores como prueba suficiente a efectos de selección (opción ya contemplada en el artículo 6 de la ley de Aragón 3/2011 de medidas de Contratos del Sector Público). En la práctica, la presentación de pruebas documentales se verá facilitada mediante un documento normalizado, el pasaporte europeo de contratación pública, que servirá para demostrar la inexistencia de motivos de exclusión. Los requisitos relativos al volumen de negocios, que con frecuencia son un enorme obstáculo para el acceso de las PYME, se limitan explícitamente al triple del valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados.

Lógicamente la Comisión mantiene el objetivo de la implantación de los medios y procedimientos electrónicos como herramienta de simplificación y transparencia. Así, la propuesta pretende un sistema completamente electrónico, al menos en lo referente a la presentación telemática de ofertas o solicitudes en todos los procedimientos de contratación en un plazo de transición de dos años. Asimismo, racionaliza y mejora los sistemas dinámicos de adquisición y los catálogos electrónicos, herramientas de contratación completamente electrónicas que se adaptan especialmente a la contratación muy agregada que llevan a cabo las centrales de compras.

En todo caso, esta simplificación aconseja la adecuada profesionalización. Y para ello se contempla la obligación que se impone a los Estados miembros para constituir tanto estructuras de apoyo jurídico y económico que ofrezcan asesoramiento, orientación, formación y ayuda para preparar como órganos especialmente preparados llevar a cabo los procedimientos de contratación (artículo 87).

II. Se pretende un nueva sistema de validación de la capacidad de las empresas en aras a la ejecución de los contratos de tal manera que los poderes adjudicadores estarán expresamente facultados para excluir a los operadores económicos que hayan mostrado deficiencias significativas o persistentes en la ejecución de contratos anteriores así como exigir que las obras, los suministros o los servicios lleven etiquetas específicas que certifiquen determinadas características medioambientales, sociales o de otro tipo. Igualmente., conscientes de lo importante que es la contratación pública en el diseño de los cambios estructurales en el sector empresarial se prevé la asociación para la innovación, un nuevo procedimiento especial para el desarrollo y la ulterior adquisición de productos, obras y servicios nuevos e innovadores, dentro de los niveles de prestaciones y de costes acordados. Esto mejora y simplifica el procedimiento de dialogo competitivo y facilita la contratación conjunta transfronteriza, un instrumento importante para realizar adquisiciones innovadoras.

III. El sistema de control de la contratación continua siendo el principal eje sobre el que pivota la normativa comunitaria y se refuerzan los mecanismos de control. En concreto destaca la regulación del régimen de la ejecución de los contratos y las previsiones específicas en torno a los casos de modificaciones contractuales. Se obliga a publicar en el Boletín Oficial las eventuales modificaciones, lo que abre la posibilidad del recurso especial o cuestión de nulidad (resulta de interés el Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Adminis-

trativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre Régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales en aplicación del artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón).

Conviene destacar la previsión de que los Estados miembros designen a una única autoridad nacional, de naturaleza independiente, con funciones de supervisión y control de la contratación pública en lo que se pretende sea una nueva gobernanza de la contratación pública. Solo un organismo único en cada Estado, para proporcionar una visión de conjunto de las principales dificultades de aplicación, con competencia expresa para proponer soluciones adecuadas para los problemas de carácter más estructural. Asume, además, una competencia de vigilancia para los contratos de un valor relativamente elevado: 1.000.000 de euros para los suministros y los servicios, y de 10.000.000 de euros para el resto. A tal fin, los poderes adjudicadores tendrán la obligación de transmitir el texto de los contratos celebrados referidos de forma que esta organismo podrá examinarlos y valorar si existen prácticas incorrectas –además de permitir a los interesados acceder a estos documentos, siempre que no resulten perjudicados intereses públicos o privados legítimos– lo que debe contribuir a reforzar la idea de integridad para prevenir supuestos de corrupción y/o clientelismo, que, a la vez que erosionan la idea de objetividad de las Administraciones públicas que puede conducir a cuestionar su propia legitimidad democrática– conlleven claras y evidentes ineficiencias de los fondos públicos.

Este organismo de supervisión, en tanto cuente con medios y preparación suficiente, es un instrumento fundamental en el cambio de los paradigmas de la gestión de los contratos públicos en tanto sea capaz de proporcionar información real e inmediata sobre el funcionamiento de la política y los posibles defectos de la legislación y las prácticas nacionales, postulando con rapidez las soluciones más adecuadas.

En conclusión, nos encontramos en tiempos de cambios que exigen reformas en profundidad de las normas administrativas y en concreto de las de contratación pública, que permitan, ahora sí, configurar un modelo armonizado y uniforme de contratación pública en Europa que permita una adecuada optimización de los fondos públicos para consolidar las específicas políticas públicas inherentes a nuestro modelo social y económico, y que incorpore como premisas de la gestión la eficacia, eficiencia e integridad.

I. REFLEXIONES GENERALES

La necesidad de un código de contratos públicos en España. La contratación pública y las PYMES como estrategia de reactivación de la economía

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ

Catedrático Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. LA «INSUFICIENCIA» DE LAS PREVISIONES DEL TRLCSP DE 2011. LA NECESARIA INTERPRETACIÓN CONFORME A LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO COMUNITARIO. II. LA HISTORIA DE UNA TRANSPOSICIÓN EN CONTINUO MOVIMIENTO Y LA NECESIDAD DE UN CÓDIGO DE CONTRATOS PÚBLICOS. III. UN CÓDIGO DE CONTRATOS PÚBLICOS COMO APUESTA ESTRATÉGICA PARA LA REACTIVACIÓN ECONÓMICA: LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LAS PYMES.

INTRODUCCIÓN

La materia de los contratos públicos es, sin duda, de gran interés tanto en lo puramente dogmático como en sus repercusiones prácticas. El movimiento de esta normativa en los últimos años es directa consecuencia de lo apuntado, aunque en España presenta efectos «perversos» por la falta de seguridad jurídica y de predictibilidad que son un freno a la competencia y habilitan efectos que distorsionan los principios de eficacia y eficiencia. Si la necesaria estabilidad del marco normativo es deseable, también la necesaria profesionalización en aras a promover una nueva «cultura» de la contratación pública, que haga de la misma un instrumento de políticas públicas activas alejado de prácticas clientelares o de validación de proyectos claramente insostenibles ya desde

una perspectiva financiera ya desde la propia lógica de la conveniencia y su sostenibilidad².

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. Desde los años 70 las instituciones comunitarias han venido trabajando en una armonización de los procedimientos de adjudicación de contratos. Además, la Comisión entendió que resultaba conveniente fomentar una mayor participación de las empresas en los contratos públicos y, para ello, desarrolló una serie de instrumentos destinados a incrementar la participación de los proveedores conscientes de que una auténtica apertura del mercado interior no sería posible mientras las oportunidades de participar en dichos contratos no fueran efectivamente equitativas para las empresas³. Un ejemplo de esta línea de trabajo es la Directiva comunitaria 2004/18, de 31 de marzo de contratos públicos (acompañada para sectores especiales de la Directiva 2004/17), que ha pretendido responder a las exigencias de simplificación y modernización formuladas tanto por los poderes adjudicadores como por los poderes económicos buscando una mayor eficiencia y una mejor eficacia⁴, amén de confirmar la tendencia hacia la formación de un derecho común europeo, obligan a una reflexión sobre sus consecuencias en la práctica administrativa nacional⁵.

2. En este punto resulta de gran interés el trabajo contenido en este libro de M. A. SANMARTÍN MORA, «La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea».
3. Vid. mi monografía *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, Madrid, 2006, pp. 16 a 18. Además, en el conocido estudio Atkins de 1984, en el que se resalta el triple efecto beneficioso que tendría la unificación y aplicación de la normativa relativa a la contratación pública: a) Un efecto estático consistente en la reducción del gasto público. b) Un efecto competitivo cifrado básicamente en la reducción de los precios lo que, obviamente, contribuirá a la satisfacción de otro de los fines principales del TFUE: la lucha contra la inflación. c) Un efecto de reestructuración derivado de la aplicación de los principios de la economía de escala. Por ello, dada la importancia que tiene para la consecución de un auténtico mercado interior, debe favorecerse la apertura de la contratación pública (como manifestación del interés general para toda la Comunidad). Sector de los contratos públicos que es hoy en día de máxima actualidad no sólo por novedades de índole jurídica sino también por la incidencia que la misma tiene en el diseño y efectividad de las políticas públicas de los Estados.
4. Por todos G. VARA ARRIBAS, «Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública», *Revista Española de Derecho Comunitario*, n° 26, 2008, pp. 115-150.
5. Sobre el contenido de las mismas, con visión propedéutica, puede consultarse el tra-

Sin embargo esta normativa se ha mostrado insuficiente y así se ha confirmado 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)⁶, de 27 de enero de 2011. Los grandes retos siguen pendientes y ahora, con la puesta en marcha del nuevo paquete legislativo –propuesta de Directiva relativa a la contratación pública –COM (2011) 896 final⁷– es la oportunidad para reformar la normativa nacional y avanzar en la codificación de la regulación de los contratos públicos que sea realmente coherente con los principios comunitarios en la materia⁸.

bajo de FERNÁNDEZ GARCÍA, M., «La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho comunitario europeo», *RAP* 166, 2005, pp. 281-320.

6. Ha dicho cuestionario se ha respondido por el Grupo de Investigación 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). IP: José M. Gimeno Feliu. Puede verse en el libro col. *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 459-516.
7. Especial interés tiene el comunicado de la Comisión Europea de 20 de diciembre de 2011, en el cual se indica, entre otros extremos, que las principales medidas de simplificación y flexibilización propuestas por la Comisión son las siguientes: un mayor uso posible de la negociación a través del procedimiento con negociación y publicación previa; procedimientos simplificados para los órganos de contratación local y regional, pudiendo sustituir la publicación de los anuncios de contratos individuales por la publicación de un anuncio general de su plan de contratación para el próximo año; una reducción de los requisitos de documentación, en particular, a través de la aceptación obligatoria de las «autodeclaraciones», para las cuales el licitador declara bajo su responsabilidad que cumple los criterios que son una condición previa para la licitación, y la exigencia sólo al ganador de suministrar las pruebas documentales para demostrar los hechos que declaró en su propia declaración, así como la prohibición a las autoridades contratantes de exigir los operadores económicos que vuelvan a presentar documentos que fueron presentados anteriormente a ellos dentro de los últimos cuatro años en un procedimiento anterior y que continúan siendo válidos; medidas ambiciosas en materia de contratación electrónica con el objetivo de la plena comunicación electrónica en la contratación pública en un plazo de dos años, a contar desde la fecha límite de aplicación de la Directiva adoptada; el acortamiento de los plazos; y el alivio de los requisitos de publicación.
8. Vid. A. RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE y M. A. BERNAL CLAY, «La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes», en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos*, 2010, Cizur Menor 2011, pp. 23 a 41. Mediante Nota de prensa de la Comisión (22 de marzo de 2012), la Comisión Europea propone mejorar las oportunidades de las empresas de la UE en los mercados de la contratación pública. Los objetivos principales de la iniciativa son contribuir a la liberalización de los mercados mundiales de la contratación pública y velar por que las empresas europeas tengan un acceso equitativo a los mismos. La propuesta también persigue garantizar que todas las empresas, europeas o no, compiten en igualdad de condiciones en el lucrativo mercado de la contratación pública de la UE. La contratación pública afecta a un porcentaje considerable de los flujos comerciales mundiales y asciende a 1.000

I. LA «INSUFICIENCIA» DE LAS PREVISIONES DEL TRLCSP DE 2011. LA NECESARIA INTERPRETACIÓN CONFORME A LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO COMUNITARIO

La Ley 30/2007, de Contratos del Sector público pretendía establecer una nueva regulación en los procedimientos de adjudicación así como en la ejecución y control que fuera compatible con el derecho comunitario y facilitara la gestión administrativa⁹ (y ello justificaba y explicaba la nueva y diversa estructura que ahora se contiene en el Real Decreto Legislativo 3/2011 –TRLCSP-¹⁰). Un reto de gran significado

millones de euros al año. En la UE, la contratación pública representa hasta un 19 % del PIB y constituye una herramienta esencial para relanzar el crecimiento, sobre todo en una coyuntura de crisis económica. El mercado de la contratación pública de la UE es tradicionalmente muy abierto. Sin embargo, nuestros socios comerciales no han respondido siempre con un grado similar de liberalización. Solo una cuarta parte del mercado de contratación pública mundial está abierta a la competencia internacional. Las restricciones aplicadas por nuestros socios comerciales afectan a sectores en los que la UE es muy competitiva, tales como la construcción, el transporte público, la producción de electricidad, los dispositivos médicos y los productos farmacéuticos. La nueva iniciativa propuesta por la Comisión incrementará los incentivos a los socios comerciales de la UE para que abran sus mercados de contratación pública a los licitadores de la UE. Velará por que las empresas de la UE puedan competir en el mercado interior con empresas extranjeras en igualdad de condiciones. Esta iniciativa aumentará las oportunidades comerciales de las empresas de la UE tanto en la UE como internacionalmente, mejorará el potencial operativo de las pequeñas y medianas empresas en una economía mundializada, aumentará el empleo y fomentará la innovación en la UE. Los aspectos fundamentales de la propuesta de Reglamento son los siguientes: a) Se confirma el amplio grado de liberalización del mercado de la contratación pública de la UE. b) En el caso de los contratos que superen los 5 millones de euros, la Comisión podrá aprobar que las entidades adjudicadoras de la UE descarten las ofertas que contengan una proporción importante de bienes y servicios extranjeros si esos contratos no están cubiertos por los acuerdos internacionales vigentes. c) En caso de discriminación reiterada y grave contra los proveedores europeos en países no pertenecientes a la UE, la Comisión tendrá a su disposición un mecanismo que le permita restringir el acceso al mercado de la UE si los países de fuera de la UE no entablan negociaciones dirigidas a abordar los desequilibrios en el acceso al mercado. Cualquier medida restrictiva tendrá una orientación precisa, por ejemplo, mediante la exclusión de ofertas originarias de un país no perteneciente a la UE o la imposición de sanciones de precios. d) Por último, la propuesta aumenta la transparencia sobre las ofertas anormalmente bajas, con el fin de luchar contra la competencia desleal de proveedores de terceros países en el mercado europeo.

9. Me remito a mi monografía *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*, Cizur Menor, 2010, pp. 15 a 32. Sobre la filosofía y justificación TRLCSP me remito al trabajo de B. PÉREZ CRESPO, «Los presupuestos y la estructura de la nueva Ley de Contratos del Sector Público» en libro col. (Dir. J. A. MORENO MOLINA), *La Ley de Contratos del Público y su aplicación por las Entidades Locales*, CEMCI, Granada, 2008.
10. El actual TRLCSP, siguiendo el modelo inicial de 2007, está integrado por un Título Preliminar (disposiciones generales) y cinco Libros que se dedican, sucesivamente, a

dado el carácter estructurante, en palabras de M. CARLÓN, de la legislación de contratación pública¹¹, así como de la incidencia en el diseño y puesta en práctica de políticas públicas¹².

Pero los hechos han venido a demostrar que tal pretensión ha fracasado urgiendo a sucesivas reformas legales –puntuales o de gran contenido– que han hecho de esta norma una norma en eterno movimiento legislativo, con el riesgo de inseguridad jurídica y de encarecimiento de

regular la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos, la preparación de estos contratos, la selección del contratista y la adjudicación de los contratos, los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, y la organización administrativa para la gestión de la contratación. Dos son las notas destacables de esta nueva estructura: en primer lugar, se justifica en la opción por la identificación de las normas derivadas del Derecho comunitario y la modulación del régimen jurídico en razón de distintos sujetos del sector público contratantes como pone de manifiesto la estructura de los Libros II y III, que a su vez se subdividen en Títulos o Capítulos diferentes, uno para las Administraciones públicas y otro para otros contratos (con distinción dentro de éstos, de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones públicas y de los poderes y de otros entes, organismos y entidades del sector público). Más aún, el Libro IV sobre la ejecución del contrato, se refiere exclusivamente a los contratos administrativos, que tienen como inexcusable condición subjetiva que «siempre que se celebren por una Administración pública» (inciso inicial del art. 19.1 TRLCSP). Y, en segundo lugar, la estructuración de los libros pretende seguir el «íter» contractual o hilo de desarrollo de los contratos, esto es, las sucesivas fases de condiciones generales (Libro I), preparación (Libro II), adjudicación (Libro IV) y ejecución del contrato (Libro IV). M. GUINOT BARONA considera a esta estructura un inconveniente u obstáculo, pues la dispersión del régimen jurídico de cada contrato dificulta el manejo de la Ley. «La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *Actualidad Administrativa*, n° 2, 2008, p. 122

11. Vid. al respecto M. CARLÓN RUIZ, «La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su carácter estructurante del ordenamiento jurídico», en libro colectivo dirigido por R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *Comentarios a La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1801-1823.
12. Acerca de la visión instrumental de la contratación pública ya me posicioné en mi monografía, *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, pp. 16 y 17. En esta línea, más recientemente, me remito a mi trabajo «Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 9, 2010, pp. 50-55. También ORDÓÑEZ SOLIS, *La Contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 162-182, MORENO MOLINA, J. A., «Crisis económica y contratos públicos: el Real Decreto-ley 9/2008 por el que se crean un fondo estatal de inversión local y un fondo especial del Estado para la dinamización de la economía y del empleo», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, n° 83, 2009, pp. 37 y ss. y L. ORTEGA ÁLVAREZ, «El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local», *Revista Electrónica CEMCI*, n° 3 de 2009.

costes administrativos¹³. Parece que esta etapa de reformas ha terminado y entramos en un proceso de pausa que exige analizar el alcance de los cambios y cómo deben ser interpretados, recordando nuevamente la incidencia del Derecho comunitario en el ordenamiento nacional y cómo debe realizar la interpretación de éste de cara a una correcta y leal aplicación efectiva de los principios comunitarios, 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: Los últimos estudios publicados por la Comisión Europea son elocuentes: en el año 2008, la compra de bienes, obras y servicios por parte del sector público se cifró en 2.155 billones de euros que equivalen a un 17,23% del Producto Interior Bruto (PIB) europeo y en el 2010 más del 19 por ciento¹⁴.

13. Como se verá, no es un mero «ajuste» u operación estética sino una serie de reformas en profundidad que, amén de afectar a numerosos preceptos, afecta a la propia esencia de la regulación, lo que obligará a repensar las prácticas de la contratación pública. Todas estas reformas tienen por principal efecto crear un clima de ausencia de credibilidad jurídica del sistema con quiebra del marco de seguridad jurídica en el que los distintos operadores desplegarán su actividad. Y 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; *ibidem*, «El principio de seguridad jurídica», en libro col. Dirigido por A. SANTAMARÍA, *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, 2010, pp. 73 a 108. La cuestión no es baladí especialmente en el mercado de la contratación pública dada su repercusión económica pues como indicara PÉREZ LUÑO este principio sirve para «establecer ese clima básico de confianza en el orden jurídico, fundada en pautas razonables de previsibilidad, que es presupuesto y función de los Estados de Derecho» (*La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 107).
14. Son datos, respectivamente, extraídos del Documento de trabajo de la Comisión Europea *Measurement of Indicators for the economic impact of public procurement policy. Public procurement indicators 2008*, de 27 de abril de 2010 http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2008_en.pdf y del 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. Conviene advertir que 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.

Importancia económica y social de los contratos públicos que exige una armonización normativa para ciertos umbrales pero que obliga a extender sus principios a cualquier tipo de contratos público independientemente de su cuantía. Es clara al respecto la Directiva 2004/18 que pretende, en palabras de sus Considerandos¹⁵:

«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. La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales... contenidos en el Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios,

-
15. En cuanto a los umbrales estos cambian cada dos años. Recuérdese que, inicialmente, desde el 1 de febrero han sido de aplicación los previstos en el 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 sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos. Para el período 2010-2011, el reciente Reglamento (CE) n° 1177/2009, de la Comisión, de 30 de noviembre de 2009, determina los nuevos umbrales, que, para las obras públicas se concreta en 4.845.000 y para suministros y servicios en 193.000 . Se ha publicado en DOUE de 2 de diciembre de 2011, Reglamento (UE) n° 1251/2011 de la Comisión de 30 de noviembre de 2011 por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE, 2004/18/CE y 2009/81/CE de Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos. El valor para los contratos de obras de 4.845.00 se eleva a 5.000.000 . El valor para contratos de suministros y servicios referente a la Administración del Estado de 193.000 se eleva a 200.000 . El valor para los contratos de suministros y servicios referente Administraciones regionales de 125000 se eleva a 130.000 . Asimismo, mediante Reglamento 1564/2005, y Directiva 2005/51/CE, de la Comisión, de 7 de septiembre, se establecen los formularios normalizados para la publicación de anuncios en el marco de las Directivas 17 y 18 de 2004 (modificados por Reglamento 1150/2009, de la Comisión de 10 de noviembre de 2009, con el objetivo de que los poderes adjudicadores pueden incluir en dichos anuncios la justificación a que se refiere el artículo 2 septies de las Directivas 89/605 y 92/13)

de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública» (cursiva nuestra)¹⁶.

Por consiguiente, y al margen del concreto importe del contrato, la legislación nacional de contratos públicos debe, en todo caso, respetar los principios comunitarios referidos no existiendo, por tanto, ámbitos de la contratación pública exentos en función su umbral, sino que, a partir de cierto importe, juegan la concreción de los mismos contenidos en la Directiva que deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado. En suma, en todo caso, como bien advirtiera ya BAÑO LEÓN, al margen de que en función del importe del contrato puedan diseñarse unos u otros procedimientos de selección y adjudicación de contratos, los Estados deben garantizar en sus normas y en su concreta aplicación práctica por que la participación en un procedimiento de adjudicación de contrato público de un licitador que sea un organismo de derecho público no cause distorsión de la competencia con respecto a licitadores privados¹⁷. Esta

16. Los contratos públicos, al margen del umbral –insistimos en esta importante idea– están sometidos a ciertos principios que tienen vis expansiva incluso a los contratos públicos excluidos, como acaba de poner de relieve la Sentencia TJUE de 13 de octubre de 2005 (Parking Brixen GmbH) al afirmar que los artículos 43 CE y 49 TCE, así como los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que una autoridad pública adjudique, sin licitación previa, una concesión de servicios públicos a una sociedad anónima constituida mediante la transformación de una empresa especial de dicha autoridad pública, sociedad anónima cuyo objeto social se ha ampliado a nuevos e importantes ámbitos, cuyo capital debe abrirse obligatoriamente a corto plazo a otros inversores, cuyo ámbito territorial de actividad se ha expandido a todo el país y al extranjero y cuyo consejo de administración dispone de amplias facultades de gestión que puede ejercer de forma autónoma. Y es que los principios sobre los que se basa la actual regulación comunitaria de los contratos públicos, cómo ya destacó BORRAJO INIESTA para el anterior sistema de contratación pública comunitaria, guardan relación directa con las libertades fundamentales, presentando dos características: una primera, la de informar la normativa comunitaria y constituir instrumento básico de interpretación; la segunda, actuar como poder integrador ante lagunas del ordenamiento jurídico. Y aquí debe tenerse muy en cuenta el destacado papel que en este punto debe desempeñar el TJUE, destinado a ser motor, a través de su jurisprudencia, de la auténtica consecución e implantación de los principios recogidos en la normativa sobre contratación pública. Sobre el concreto significado y consecuencias de estos principios me remito a mi trabajo *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación*, Civitas, Madrid, 2003. Más recientemente puede consultarse el libro de J. A. MORENO MOLINA *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006.
17. Y es que, como bien afirma este autor no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. «La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», *RAP* 151, 2000. p. 13. Opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS en su

afirmación queda avalada por la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006). Opinión que se corrobora en la STJUE de 14 de junio de 2007 (Medipac-Kazantzidis A y Venizeleio-Pananeio) al afirmar que en los contratos que no alcanzan el umbral comunitario:

«efectivamente, procede señalar que el órgano jurisdiccional remitente ha calificado al Venizeleio-Pananeio de "entidad adjudicadora". Esta calificación también la admite el Gobierno griego, el cual declaró en la vista que dicho hospital es un organismo de Derecho público asimilado al Estado. Ahora bien, en virtud de una reiterada jurisprudencia, aun cuando el valor de un contrato que sea objeto de una licitación no alcance el umbral de aplicación de las Directivas en las cuales el legislador comunitario haya regulado el ámbito de los contratos públicos y el contrato de que se trate no esté comprendido, por consiguiente, dentro del ámbito de aplicación de estas últimas, sin embargo, las entidades contratantes que celebran un contrato están obligadas a respetar los principios generales del Derecho comunitario, tales como el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que deriva de aquél (véanse, en este sentido, la sentencia de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartados 60 y 61; auto Vestergaard, antes citado, apartados 20 y 21; sentencias de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartados 16 y 17, y de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 a 48)».

Y la más reciente de Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de abril de 2010, Wall AG (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Frankfurt am Main – Alemania) en la que se insiste en la idea de que una concesión de servicios –excluida del ámbito de aplicación– está sometida a los principios del Tratado.

Sin embargo (y a diferencia de la Ley Foral de contratos públicos de Navarra, de 6 de junio de 2006) no parece ser esa la intención del legislador español, acuñando a tal propósito la nueva categoría de «contratos sujetos a regulación armonizada» para referirse a los contratos de umbral de aplicación de la Directiva (los denominados contratos SARA)¹⁸. En suma, en todo caso, como bien advirtiera ya BAÑO LEÓN,

trabajo «El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?», en libro col. *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid, 2003, p. 392. Igualmente C. CHINCHILLA MARÍN, «La jurisprudencia del TJUE sobre contratos Públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas», en libro col. *El Derecho de los Contratos Públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Madrid, 2011, pp. 36-37.

18. Vid. el trabajo de J. A. MORENO MOLINA «Un mundo para SARA, una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada», *RAP* 178, 2009, pp. 175-213. Con la positivización de esta categoría se pretende, en suma, modelar la aplicación de las normas de la Directiva en los dife-

al margen de que en función del importe del contrato, los Estados deben garantizar en sus normas y en su concreta aplicación práctica que la participación en un procedimiento de adjudicación de contrato público de un licitador que sea un organismo de derecho público no cause distorsión de la competencia con respecto a licitadores privados¹⁹. Y es que pretender la existencia de controles eficaces para los contratos de umbral comunitario en exclusiva supondría un evidente incumplimiento del principio comunitario de equivalencia, reconocido, entre otras, por la STJCE de 28 de noviembre de 2000 (Roquetes Frères).

Por otra parte, debe recordarse que esta normativa exige una interpretación conforme a la finalidad del derecho comunitario²⁰. La primera finalidad consiste en garantizar la eficiencia de los fondos públicos. A tal fin la obligación de transparencia es un instrumento principal que ha de garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (STJUE de 7 e diciembre de 2000 ARGE). Este principio encuentra su principal manifestación práctica, en primer lugar, a través de una adecuada publicidad de los contratos adjudicables en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de las distintas ofertas de contratos públicos,

rentes contratos del sector público, restringiéndola solo a los casos exigidos por dicha norma y diseñando para los demás, como declara la Exposición de Motivos un régimen par el que el legislador nacional tiene plena libertad.

19. Y es que, como bien afirma este autor, no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. «La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», *RAP*, 151, 2000, p. 13. Opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS en su trabajo «El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?», en libro col. *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid, 2003, p. 392. También E. ARIMANY LAMOGLIA, «La apertura al mercado de los encargos de ejecución de obras de urbanización conferidos directamente a sociedades del sector Público», *REDA*, nº 133, 2007, p. 88.
20. Como primera novedad de esta directiva cabe destacar la que ella misma señala en su considerando 1: «La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2 [principios del Tratado, libertades comunitarias, igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia]».

presentando la misma una doble faceta: a) como mecanismo de fiscalización de la Administración, la publicidad constituye una magnífica ayuda para el juego limpio en la vida administrativa y una oportunidad de control a disposición de los administradores y de los candidatos contractuales; b) como medio de promoción de la concurrencia entre los agentes económicos implicados.

Publicidad que debe generar competencia o concurrencia empresarial, como acaba de recordar la STJUE de 15 de septiembre de 2009 (Acoset) al afirmar que los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican en particular una obligación de transparencia, que permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados. La obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (*vid.* en particular la STJUE de 6 de abril de 2006, ANAV apartado 21).

Una segunda, que la contratación pública no puede ser considerada como un fin en si mismo sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, la contratación puede –y debe, diría– 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 públicos²¹. En este sentido el Considerando 5 de la Directiva 2004/18 es elocuente:

«Según lo dispuesto en el artículo 6 del Tratado, las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las

21. Así se entiende la previsión de la Directiva de permitir la existencia de contratos reservados a favor de entidades de carácter social por la que se limitaría a éstas la posibilidad de participar o se permitiría reservar su ejecución a determinadas empresas 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. Igualmente, en una adecuada interpretación teleológica, parece lógico entender que también podrán ser beneficiarios de la reserva las empresas que tienen por objeto la integración de personas con riesgo de exclusión social. En todo caso, debería preverse que, por ejemplo, el importe de los contratos reservados no podrá superar el 20 por ciento del importe de los contratos adjudicados mediante procedimiento negociado en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior (los anuncios de licitación de los contratos objeto de esta reserva deberán mencionar expresamente la presente disposición).

políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3 del Tratado, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. La presente Directiva clarifica pues de qué modo pueden contribuir los poderes adjudicadores a la protección del medio ambiente y al fomento del desarrollo sostenible al tiempo que se garantiza que los poderes adjudicadores puedan obtener para sus contratos la mejor relación calidad/precio».

Esto significa que como se ha apuntado en anteriores trabajos, los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, lo que convierte a la contratación pública en un ámbito de actividad a través del cual poder orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias que determinen las entidades adjudicadoras²². Ejemplo de lo que se acaba de señalar es que para hacer frente a situación de recesión económica y destrucción del empleo el Gobierno de la nación, mediante Real Decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre constituyó un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo aprobando créditos extraordinarios para atender a su financiación (línea continuada por el Real Decreto-ley 13/2009 de 26 de octubre por el que se articula un segundo Fondo Estatal de Inversión Local)²³. En la Exposición de

22. Según MESTRE DELGADO, se constata la existencia de un interés público por emplear mecanismos de refuerzo –o fomento– para forzar a los empresarios al cumplimiento de previsiones –no necesariamente previstas con el carácter de imposiciones coactivas– contempladas en normativas sectoriales, «Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental», *REALA*, nº 291, 2003, p. 707. También en esta línea, MELERO ALONSO, E.: «El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 1, 1999, (artículo firmado junto a Maravillas ESPÍN SÁEZ) y BLÁZQUEZ ROMÁN, J. A. y RAMÍREZ HORTELANO, P., «Las cláusulas sociales en la contratación administrativa», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, nº 42, 2005, p. 39. Así lo entendido también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 17/2008, de 21 de julio.
23. Sobre estos Fondos resultan de interés los trabajos de VELASCO CABALLERO, F., «Crisis económica y derecho local», en *Anuario de Derecho Municipal 2009*, Madrid, 2010, pp. 25 y ss., FONT I LLOVET, T. y GALÁN GALÁN, A., «Un año de transición: los gobiernos locales en los desarrollos estatutarios y ante la crisis económica», en *Anuario del Gobierno Local 2009*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2010, pp. 13 a 44, R. GÓMEZ-FERRER MORANT, «La contratación local en tiempos de crisis económica», *Anuario del Gobierno Local 2009*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, pp. 180-186. La ponencia A. EMBID IRUJO («El derecho público de la crisis económica») en el VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo celebrado

Motivos de este Real Decreto-ley se manifiesta esta situación en los términos siguientes:

«Las elevadas tensiones en los mercados financieros se han terminado traduciendo en un endurecimiento considerable de las condiciones de crédito, dificultando el normal desarrollo de las actividades económicas de familias y empresas. Estas dificultades de financiación unidas a la creciente incertidumbre sobre el panorama económico futuro han dado lugar a un significativo retraimiento de la demanda privada en todas sus vertientes, incluyendo el consumo de familias y la inversión empresarial, con consecuencias negativas inmediatas para la economía española, en relación a su nivel de actividad y, particularmente con el empleo».

Es decir, se va a usar la técnica de la contratación de obra pública, para un fin público, de política nacional, como es la reactivación económica de España y la reducción del desempleo español. Y también para la articulación de políticas públicas activas, utilizando para ello los contratos reservados como sucede en Navarra²⁴, o más recientemente en Aragón²⁵.

Por otra parte, la contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada. Esto exige atender con especial interés la fase de ejecución del contrato, que debe ser comprendido desde esta perspectiva del fin derivado de concreta prestación que se demanda. Aquí radica el cumplimiento de los fines públicos que debe prestar la Administración Pública.

Por último, la contratación pública, aunque con claros componentes de naturaleza presupuestaria, no puede verse condicionada por los mismos, ya que tiene naturaleza autónoma. Es más, en muchas ocasiones son esos condicionantes presupuestarios los que obligan a una lectura o una práctica no conforme con al esencia de las reglas de los contratos públicos. Práctica que está comportando la imposición de medidas financieras de corrección por las Instituciones comunitarias al constatarse

en Palma de Mallorca los días 11 y 12 de febrero de 2011 contiene una visión prope-
déutica de las reformas legislativas derivadas de la crisis económica.

24. El artículo 9 de la Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos de Navarra dispone la obligación de reservar contratos por un importe mínimo del 6% de los contratos adjudicados en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior.
25. La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, regula en su artículo 7 las reservas sociales de contratos a favor de Centros Especiales de Empleo. Sobre la conveniencia y posibilidades de la figura de reserva de contratos resulta de interés el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 16/2010, de 1 de diciembre relativo a Consideraciones sobre la reserva de contratos en favor de Centros Especiales de Empleo y otros aspectos vinculados con la contratación de personas discapacitadas.

en un incumplimiento de las reglas de licitación pública en prestaciones financiadas con ayudas comunitarias²⁶.

Estas premisas deben ser los paradigmas de una nueva regulación que opte decididamente por la simplificación y la claridad de la norma, incorporando la doctrina del TJUE y facilitando las interpretaciones de las reglas en aras al principio de seguridad jurídica, de gran incidencia en el escenario de los contratos públicos por su dimensión y efectos macroeconómicos.

II. LA HISTORIA DE UNA TRANSPOSICIÓN EN CONTINUO MOVIMIENTO Y LA NECESIDAD DE UN CÓDIGO DE CONTRATOS PÚBLICOS

La Directiva 2004/18 obligó a la trasposición al Estado español. Trasposición que debió realizarse desde la óptica del efecto útil del derecho comunitario. Pero el resultado final se alejó de este objetivo. De ahí la necesidad de acomodar la gestión práctica de la contratación pública a la doctrina del TJUE, auténtica fuente del derecho y dinamizadora en la plasmación efectiva de los principios referidos en esta materia²⁷. No en vano la STJCE de 2 de junio de 2005 (Koppensteiner GMBH), nos recuerda que cuando una norma comunitaria establece previsiones que «son incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que éste puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora como BIG. En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impiden cumplir la obligación que se desprende de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665»²⁸. En

26. De hecho, en nota de prensa de 14 de enero de 2005, la Comisión anuncia la remisión a España de un dictamen motivado (instrumento previo a la interposición del recurso por incumplimiento del artículo 226 TCE) por no transponer correctamente el concepto de entidades de derecho público de la directiva puesto que excluye de él a las fundaciones, «incluso tras una modificación introducida en 2003» en alusión a la Ley 62/2003.

27. Vid. J. A. MORENO MOLINA, «La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación Pública en la Ley de Contratos del Sector Público», en libro col. ed. *El Derecho de los contratos públicos*, ob. cit., pp. 83 a 85.

28. Y es que, como bien destaca el profesor LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, «cualquier juez tiene que aplicar inmediatamente y sin rodeos el Derecho comunitario. Eso es todo, nada más, pero nada menos». *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Discurso leído el día XXV de octubre de 2004, en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, p. 100. Como dice, el derecho comunitario penetra en los ordenamientos nacionales y desgarrar y descalifica cualquier opción interna que sea incompatible a través de la técnica de la inaplicabilidad. En torno a la obligación de interpretación TRLCSP conforme al Derecho comu-

consecuencia, las propias Directivas están imponiendo una determinada interpretación de las normas nacionales, una interpretación *secundum directivam*²⁹. De esta forma, en las mismas Directivas se encuentra el mecanismo para dar solución a los (no tan) hipotéticos conflictos entre el resultado a alcanzar, fijado por la Directiva, y los medios y la forma para ello, seleccionados por los Estados miembros³⁰.

La trasposición de la citada Directiva de contratos públicos –la de sectores especiales se efectuó en otra norma³¹– se llevo a cabo en el Reino de España mediante la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (LCSP) vencido con creces el plazo para la misma (1 de febrero de 2006)³². Legislación que, como se explica en la Exposición de Motivos, pretende fundamentarse directamente en el Derecho

nitario, resulta de especial interés el estudio de J. A. MORENO MOLINA, «La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público», *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº X, 2008 (Ed. J. M. Gimeno), Zaragoza, 2008, pp. 49-87, recordando la importancia del principio de interpretación conforme a las exigencias del derecho comunitario –con fundamento en las SSTJUE de 5 de octubre de 1994, Van Munster, C-165/91 apartado 34 y de 26 de septiembre de 2000, Engelbrecht, C-262/97, apartado 39–, al tiempo que enfatiza el papel que éstas desempeñan al tiempo de aplicar los múltiples conceptos jurídicos indeterminados existentes en la LCSP.

29. Compartimos en este punto la opinión de ORDÓÑEZ SOLÍS, a tenor de la cual, la obligación de interpretar las normas nacionales de ejecución *secundum directivam comunitariam* favorece la naturaleza y la finalidad de estas peculiares normas comunitarias, que sólo dejan en manos de las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. «La obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho Comunitario europeo», *Boletín informativo del Ministerio de Justicia*, nº 1921, julio de 2002, p. 2354.
30. Así pues, el análisis correcto de la normativa sobre contratación pública sólo puede ser correctamente entendida, como bien recuerda PIÑAR MAÑAS, desde el contexto del Derecho comunitario siendo esta materia uno de los ejemplos del proceso de comunitarización de los distintos ordenamientos nacionales. «El derecho comunitario como marco de referencia del Derecho español de los contratos públicos», en libro colectivo dirigido por R. GÓMEZ-FERRER, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 27-28.
31. Se trata de la Ley 31/2007, de 30 de octubre. Un completo estudio de la misma puede verse en el trabajo de BERMEJO VERA, «El régimen de contratación pública en los sectores especiales del agua, la energía, los transportes y los servicios postales», *RAP* 179, 2008, pp. 115-159.
32. *Vid.* José Antonio RAZQUIN LIZARRAGA. «Novedades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *Repertorio de Jurisprudencia*, nº 4/2008, Editorial Aranzadi, Pamplona, mayo 2008 y GARCÉS SANAGUSTÍN, M., «Génesis del Derecho de la contratación pública en España. La adaptación permanente del ordenamiento jurídico español a las exigencias comunitarias. La demora en la adecuación de la legislación interna», en CUBILLO RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ CASTAÑO (Coords.), *La contratación en el sector público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre*, Comares, Granada, 2009.

comunitario de la contratación pública y anteponer a todos los demás objetivos el de asegurar la no discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada³³. Y así resulta paradigmático de esta voluntad lo declarado en el artículo 1 LCSP al fijar como objetivos «asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa»³⁴.

Pese a esta intención, el actual texto de la Ley de Contratos del Sector Público (presentado por el Gobierno en septiembre de 2006 y respondido muy críticamente desde del mundo empresarial, habiendo solicitado incluso la CEOE cuando se inició su tramitación parlamentaria la retirada de la iniciativa)³⁵, ha devenido claramente insuficiente tanto en su ajuste al derecho comunitario como en la pretendida agilidad incorporada a la norma³⁶. Y es que la LCSP de 2007 se nos presentaba quizá como «conservadora» en el fondo y «excesivamente» innovadora en la sistemática utilizada³⁷. Es más, y como observación inicial,

-
33. Vid. al respecto, MEILÁN GIL, J. L., *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 93 y ss.
34. Principios que, obviamente, prevalecen en la aplicación normativa de esta Ley. Vid., entre otros, HUERGA LORA, A., «El Derecho español de contratos públicos y el Derecho comunitario», *REDA* n° 126, 2005, p. 234.
35. Una primera crítica formal es que este texto legal no cumple las directrices de técnicas normativas aprobadas por la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría del Ministerio de Presidencia, que contiene las directrices para la elaboración de las normas, determinando criterios generales de técnica normativa. Y no cumple porque la estructura no es correcta, no se siguen las instrucciones de redacción de los artículos y éstos son demasiado extensos y existen más de quinientas remisiones en el texto, lo que convierten al producto final en un claro ejemplo de inseguridad jurídica. Valoración que igualmente sostiene el Consejo de Estado en su preceptivo Dictamen n° 514, de 25 de mayo de 2006, aconsejando «una completa revisión del texto para hacer más cómodo su manejo y más sencilla su intelección». Asimismo, destacó los riesgos importantes que planteaba la nueva estructura de la Ley, las contradicciones y confusión de regímenes jurídicos entre contratos administrativos y contratos privados así como el complejo ámbito subjetivo establecido por el artículo 3.
36. Por todos, 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 FELIÚ, J. M., ed.), 2008, pp. 49 a 86.
37. Vid. GIMENO FELIÚ, «Observaciones al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público y consecuencias del vencimiento del plazo de trasposición de la Directiva

por su ámbito, lo más correcto hubiera sido –siguiendo el modelo del derecho comparado: Francia, Italia, Portugal, etc., con Códigos de Contratos Públicos– denominarla Ley de Contratos Públicos³⁸.

La Ley de 2007 realizaba, como advierte ya en su Exposición de Motivos, una decidida apuesta por renovar la filosofía de la regulación de los contratos públicos y tiene por objetivo adecuarse al marco normativo. A tal fin abandona como eje de la norma la figura del contrato administrativo, extiende su ámbito de aplicación al sector público (distinguiendo entre contratos armonizados y no armonizados, en función del umbral de aplicación de la Directiva 2004/18), regula nuevos procedimiento e incorpora los medios y procedimientos electrónicos³⁹. Ciertamente hay una reflexión importante sobre la dirección de la nueva reforma y una decisión de alterar las tradicionales formas de actuación en la contratación pública⁴⁰. Y ello justifica y explica la nueva y diversa estructura TRLCSP⁴¹. Sin embargo el resultado presentaba incertidum-

18/2004», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, nº 52, abril, 2006, pp. 33-46 y «Reflexiones críticas sobre el Proyecto de Ley de Contratos del sector público», *Revista General Derecho Administrativo*, nº 14, 2007.

38. Un interesante trabajo sobre esta Ley es el de S. DEL SAZ, «La nueva Ley de Contratos del Sector Público ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?», *RAP* nº 174, 2007, pp. 355 y ss.
39. Ley que ya no se vertebra sobre el concepto del contrato administrativo. *Vid.* J. A. MORENO MOLINA «¿Por qué una nueva Ley de Contratos? Objetivos, alcance y principales novedades de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público», *REDA* nº 139, 2008, p. 428. Ciertamente, por el nuevo alcance así debe ser, aunque no debe renegarse ahora de esta institución, como bien advierte ARIÑO ORTIZ en su interesante trabajo «El enigma del contrato administrativo», *RAP* nº 172, 2007, pp. 79-112.
40. Sobre la filosofía y justificación TRLCSP me remito al trabajo de B. PÉREZ CRESPO «Los presupuestos y la estructura de la nueva Ley de Contratos del Sector Público», en libro col. (Dir. J. A. MORENO MOLINA) *La Ley de Contratos del Público y su aplicación por las Entidades Locales*, CEMCI, Granada, 2008.
41. La LCSP está integrada por un Título Preliminar (disposiciones generales) y cinco Libros que se dedican, sucesivamente, a regular la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos, la preparación de estos contratos, la selección del contratista y la adjudicación de los contratos, los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, y la organización administrativa para la gestión de la contratación. Dos son las notas destacables de esta nueva estructura: en primer lugar, se justifica en la opción por la identificación de las normas derivadas del Derecho comunitario y la modulación del régimen jurídico en razón de distintos sujetos del sector público contratantes como pone de manifiesto la estructura de los Libros II y III, que a su vez se subdividen en Títulos o Capítulos diferentes, uno para las Administraciones públicas y otro para otros contratos (con distinción dentro de éstos, de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones públicas y de los poderes y de otros entes, organismos y entidades del sector público). Más aún, el Libro IV sobre la ejecución del contrato, se refiere exclusivamente a los contratos administrativos, que tienen como inexcusable condición subjetiva que «siempre que se celebren por una Administra-

bres. Y su sistemática, además, aportaba más confusión que claridad. Sin duda hubiera resultado una mejor opción legislativa el que se aborasen las cuestiones en una secuencia lógica que podría consistir en la definición de los principios aplicables para regular después los distintos sujetos que intervienen –poder adjudicador y operador económico– y de los contratos incluidos y negocios excluidos⁴².

El desarrollo reglamentario previsto en la LCSP –que no se ha completado debido, principalmente, al constante «movimiento» normativo legal– tampoco ha mejorado la situación denunciada de incertidumbre ante los problemas interpretativos. De hecho, solo se ha efectuado un desarrollo menor mediante el Real decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público –que también ha sido objeto de desarrollo mediante RD 300/2011, de 4 de marzo, modificando el formato del denominado «modelo de anuncio para la licitación de los contratos» y estableciendo un nuevo modelo a utilizar en la redacción de los anuncios de formalización de contratos–⁴³.

ción pública» (inciso inicial del art. 19.1 LCSP). Y, en segundo lugar, la estructuración de los libros pretende seguir el «iter» contractual o hilo de desarrollo de los contratos, esto es, las sucesivas fases de condiciones generales (Libro I), preparación (Libro II), adjudicación (Libro IV) y ejecución del contrato (Libro IV). M. GUINOT BARONA considera a esta estructura un inconveniente u obstáculo, pues la dispersión del régimen jurídico de cada contrato dificulta el manejo de la Ley. «La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *Actualidad Administrativa*, n° 2, 2008, p. 122.

42. La sistemática de la Ley ha llevado a compararla a F. BLANCO con el juego numérico del sudoku. «El procedimiento de selección y los criterios de adjudicación», página 3 de su ponencia en Seminario organizado por IEAP/CER en Barcelona los días 23 y 24 de febrero de 2006.
43. El Consejo de Estado aprobó, en fecha 23 de abril de 2009, su preceptivo Dictamen n° 470/2009, sobre el Anteproyecto de Reglamento de desarrollo parcial LCSP. El Anteproyecto que ha informado el Consejo no es el que inicialmente se ha dado a conocer en la Plataforma de Contratación del Estado. Del inicial texto se ha suprimido la regulación de grupos, subgrupos y categorías de clasificación empresarial, de forma que en el Anteproyecto final que ha conocido el Consejo, sólo se regulan los criterios de solvencia económica y técnica que deben requerirse por parte de las Comisiones de Clasificación empresarial, pero se mantiene la estructura de grupos, subgrupos y categorías de clasificación empresarial fijados en el Reglamento de desarrollo de la LCAP. Todo debido, según parece, a las observaciones efectuadas por la Comisión Nacional de la Competencia al sistema de clasificación. De esta forma, la regulación jurídica de la clasificación empresarial se encontrará (si el Gobierno aprueba el Reglamento que ha informado el Consejo) diseminada en, al menos cuatro normas jurídicas: la cuantía económica a partir de la cual debe requerirse la clasificación empresarial en los contratos de obras viene establecida en la Disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crean un Fondo de Inversión local y es el de 350.000 (IVA excluido). Los grupos y

Desde entonces, esta norma ha sido objeto de sucesivas modificaciones, hasta diez en un período de poco más de tres años y medio, que la convirtieron en la norma de contratación pública más inestable de cuantas han existido⁴⁴. Sucintamente han sido las siguientes:

a) **El Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo.** Las medidas incluidas en capítulo II están destinadas a favorecer la actividad empresarial, en diversos ámbitos. En concreto, el artículo 4 reforma la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, 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; 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

subgrupos de clasificación en los contratos de obras son los que establece el Reglamento de desarrollo LCAP. Sin embargo, en el contrato de servicios, por la remisión de la Disposición Transitoria quinta LCSP al artículo 25.1 TRLCAP, la cuantía económica a partir de la cual debe requerirse la clasificación empresarial en los contratos de servicios es de 120.202,42 (IVA incluido). Los grupos y subgrupos de clasificación en los contratos de servicios son los que establece el Reglamento de desarrollo LCAP, quedando sin posible aplicación la clasificación empresarial en los antiguos contratos de consultoría, ahora integrados en los contratos de servicios. Esta situación lleva al Consejo de Estado a afirmar en su Informe (p. 11) que «.../...La aprobación del Real Decreto proyectado, en tanto constituye un desarrollo parcial de la Ley 30/2007, 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)». Continúa el Informe, «.../...Esta circunstancia subraya el carácter fragmentario del proyecto pues quiebra la unidad, tanto desde el punto de vista de su sede normativa como en cuanto a su contenido, de la regulación reglamentaria de la clasificación de los contratistas, que no sólo aparece recogida en dos reales decretos distintos, sino que responde a dos marcos legales diferentes, con los desajustes e incoherencias que ello puede ocasionar. La regulación contenida en el Real Decreto proyectado resulta insuficiente desde el punto de vista material y obstaculiza la aplicación de la Ley 30/2007».

44. Diversos trabajos se han ocupado de sistematizar esas modificaciones. Por ejemplo, el de J. M. GIMENO FELIÚ *Las reformas legales de la Ley 30/2007, de contratos del Sector público*, Civitas, Colección Cátedra de Derecho Local, 2011, y el de J. A. MORENO MOLINA «Las últimas reformas en materia de contratos públicos y el futuro próximo: crónica de una avalancha normativa», en *Observatorio de los contratos públicos 2010*, Civitas, 2011, pp. 105 a 124.. Con carácter complementario, puede verse también el trabajo de A. I. BELTRÁN GÓMEZ «Medidas adoptadas por las Comunidades Autónomas en materia de contratos públicos, también en el *Observatorio de los contratos públicos 2010*, pp. 125 a 142.

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 20 por ciento de su importe, si éste hubiera solicitado la declaración de concurso voluntario.

b) **Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público**, que incorpora una disposición Adicional Trigésimo cuarta sobre adquisición centralizada de medicamentos y productos sanitarios con miras al Sistema Nacional de Salud.

c) **La Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España**, que modifica el artículo 83 (de las garantías), mediante la adición al mismo de un nuevo apartado 4. En él se establece para el caso de los contratos de concesión de obras públicas la regla general del cálculo de la garantía definitiva aplicando el 5% sobre el valor estimado del contrato cuantificado de conformidad con el artículo 76.3; pero previendo no obstante la posibilidad de que el órgano de contratación, atendidas las circunstancias y duración del contrato, y justificándolo adecuadamente, pueda reducir el importe de la garantía definitiva una vez ejecutada la obra y durante el período previsto para su explotación; fijando los criterios para esta reducción con un límite del 2% del importe del valor estimado del contrato.

d) **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**.

e) **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**. Su objeto es la reforma de las leyes 30/2007 y 31/2007 citadas para adaptarlas a la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre, 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. Esta norma (que afecta sustancialmente a los artículos 27, 37, 38, 39, 91, 96, 135, 138, 140, 174, 182 y 186, así como las contenidas en

los nuevos artículos 310 a 319) prevé la sustitución del recurso especial del artículo 37 LCSP por un nuevo recurso, de carácter potestativo, ante un órgano independiente de carácter administrativo –formados por expertos en derecho administrativo y contratación pública– y que, en el ámbito estatal, recibirá el nombre de Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Las Comunidades Autónomas pueden crear su Tribunal («arrastrando» a las entidades locales y demás poderes adjudicadores de ese ámbito autonómico). Estos tribunales administrativos tendrán naturaleza administrativa y sus miembros gozarán de inamovilidad e independencia. La característica principal de la nueva regulación es que se prevé la suspensión de la adjudicación del contrato cuando medie un recurso por alguna de las partes perjudicadas, así como la obligación de anunciar previamente por escrito, al órgano de contratación, la intención de interponer el recurso especial en materia de contratación, en el plazo previsto para la interposición de éste, que se amplía de diez a quince días hábiles, especificándose el inicio del cómputo del plazo en función del acto que se impugne. Novedad importante es que desaparece la dualidad adjudicación provisional y definitiva y que el contrato se perfecciona con la formalización y no con la adjudicación (modificando en este punto las causas de resolución dado que la no formalización, al no estar perfeccionando el contrato, no supone la resolución del contrato). En coherencia con este cambio legislativo se ha modificado el artículo 135 LCSP anticipando trámites que se exigían antes tras la eliminada adjudicación provisional: ahora el órgano de contratación (no la mesa de contratación), recibida la propuesta de adjudicación que ha establecido la mesa de contratación, se dirige al empresario elegido, para que aporte la documentación que especifica el art 135 LCSP (nueva redacción) y la garantía que establece el artículo 83.1 LCSP, en su nueva redacción). Si recibe esa documentación y se considera correcta, el órgano de contratación dictará el primer acto administrativo propiamente dicho que es el la adjudicación, acto que no perfecciona el contrato hasta que no se proceda a la formalización del mismo (art 27.1 LCSP, nueva redacción). Dicho acto de adjudicación se notificará a los licitadores y se publicará en el perfil de contratante (art 135.4 LCSP, nueva redacción). Además, se reduce de quince a diez días hábiles el plazo de que dispone el licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa (ahora el propuesto adjudicatario, antes adjudicatario provisional) para presentar la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorizar al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer de los medios

que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato y de haber constituido la garantía definitiva procedente, pudiendo las normas autonómicas fijar un plazo mayor, sin que exceda de veinte días hábiles (antes un mes).

f) **La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo**, en su Disposición adicional cuarta suprime, con efectos de 1 de abril de 2011, la limitación a la contratación de Empresas de Trabajo Temporal que contiene la DA 5ª LCSP, en el sentido de limitar esa contratación para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos. Es decir, se permite que las Empresas de Trabajo Temporal puedan acudir a las distintas licitaciones públicas sin limitaciones.

g) **La Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía sostenible**. En esta Ley, (principalmente mediante la Disposición Adicional Decimosexta), se introducen cambios TRLCSP. Además de un régimen nuevo de la potestad de modificación de los contratos públicos, que se extiende a todo poder adjudicador, sea o no Administración Pública (modificando para ello el artículo 20 LCSP), introduce variados cambios de carácter singular (y dispersos) comportándose –en palabras del profesor I. MARTÍN-RETORTILLO relativas a las anteriores Leyes de Presupuestos pero igualmente aplicables a la situación que nos ocupa– como una de «especie de carro de supermercado» en el que todo cabe⁴⁵. Las reformas contenidas en este texto legal afectan a distintas cuestiones o materias TRLCSP, con las que se pretende⁴⁶:

1) Impulsar la eficiencia en la contratación pública y la colaboración público-privada. El artículo 37 de esta Ley establece el principio de eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, fomentando la agilización de trámites, y pretendiendo fomentar la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información (se decide que la

45. LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, en su ponencia publicada en el libro *Eficacia temporal y carácter normativo de la Ley de Presupuestos Generales del Estado*, CEC, Madrid, 1989, p. 27. Encajan igualmente los calificativos de tren articulado (FERREIRO LAPATZA, «Derecho presupuestario y técnica legislativa», *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 87, 1995, p. 499) o de Ley escoba o *totum revolutum* (M. A. MARTÍNEZ LAGO, *Manual de Derecho Presupuestario*, Colex, Madrid, 1992, p. 57).

46. Con especial atención a las cuestiones sobre contratación puede consultarse a T. MEDINA ARNÁIZ, «Las principales novedades en la normativa contractual del sector público», en libro col., *Comentarios a la Ley de Economía Sostenible*, La Ley, 2011, pp. 121 a 166.

garantía provisional sea ahora excepcional, como medida de ahorro de costes, reformando el artículo 91 LCSP);

2) Se regula la colaboración pública privada remitiendo en los caso de CPPI a la normativa de concesión de obra pública. Por lo demás, mediante la DA 16, se modifica el artículo 11 LCSP, aclarando que pueden celebrar este contrato las Entidades Públicas Empresariales (y equivalentes de las Comunidades Autónomas) 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 privado⁴⁷;

3) se añade por la DA 16 un nuevo precepto, el artículo 73 bis LCSP, que regula la sucesión del contratista;

4) se introduce un nuevo Título para regular la potestad de modificación de los contratos públicos (que afecta a todo poder adjudicador, corrigiéndose para ello el artículo 20 LCSP), modificándose el artículo 76 LCSP, de tal manera que en el valor estimado del contrato debe incluirse el importe de los eventuales modificados (con más detalle posteriormente analizaremos el nuevo régimen de los modificados);

5) se impulsa una mayor transparencia de la información en la contratación pública mediante publicidad de todos los perfiles en la Plataforma del Estado, modificándose el artículo 309 LCSP (opción igualmente adoptada en Aragón mediante la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón). Con ello, en la línea apuntada al inicio de este trabajo, se pretende generar

47. Sobre esta regulación de los CPP y CPPI resulta de interés el estudio de M. A. BERNAL BLAY, «La colaboración público-privada institucional», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 37, 2010, pp. 114-115. *Ibidem*, con especial atención a l cambio introducido por la Ley de Economía Sostenible «La colaboración entre el sector público y el sector privado», en libro col., *Comentarios a la Ley de Economía Sostenible*, La Ley, 2011, pp. 167 a 196.

una transparencia que permita aumentar la concurrencia, facilitando la «visualización» del mercado a las PYMEs;

6) se fomenta la realización de contratos de investigación y desarrollo. El artículo 38 de esta Ley permite al Consejo de Ministros reservar contratos con empresas PYMES innovadoras ex 4.1.r) LCSP, que es un nuevo supuesto de negocios jurídicos excluidos, introducido por DA 16 de esta Ley de Economía Sostenible (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);

7) se intenta potenciar los criterios ambientales en la contratación pública, para lo que el artículo 35.2.d) establece que las sociedades mercantiles estatales y las entidades públicas empresariales adscritas a la Administración General del Estado en el plazo de un año desde el día 6 de marzo de 2011, adaptarán sus planes estratégicos para incluir en sus procesos de contratación, cuando la naturaleza de los contratos lo permita, y siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y el pliego o en el contrato, condiciones de ejecución referentes al nivel de emisión de gases de efecto invernadero y de mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que pueden verse afectados por la ejecución del contrato. Asimismo, se encuentran dispersos en el conjunto de la ley numerosos preceptos que llaman a la introducción de criterios de adjudicación de carácter medioambiental: a) el artículo 35.1.c) reclama, para las sociedades mercantiles estatales y las entidades públicas empresariales adscritas a la Administración General del Estado, cuando el objeto contractual lo permita, que se incluya en los procesos de contratación la valoración del ahorro y el uso eficiente del agua y de la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de la vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados y reutilizados o de materiales ecológicos; b) el artículo 85.2, para la Administración general del Estado, establece la necesidad que el sector público apruebe programas de ahorro y eficiencia energéticos y de utilización de fuentes de energía renovables y afirma que en estos programas se deberán especificar «los requerimientos míni-

mos de calificación energética que deberá cumplir la adquisición de bienes y derechos etiquetados energéticamente, y la calificación mínima de los edificios y vehículos que integran el patrimonio de las Administraciones Públicas»; c) los artículos 105.1.b) y 106 establecen como objetivo de todos los poderes adjudicadores comprar vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes y que en el momento de la compra se tengan en cuenta los impactos energético y medioambiental de la utilización durante la vida útil del vehículo, concepto que precisa la Disposición Adicional sexta de la ley; y

8) se introduce, ex Disposición Adicional Quincuagésimo Séptima –en el trámite de enmiendas en el Senado– una nueva definición del contrato de gestión de servicios público que se extiende a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y de enfermedades profesionales de la Seguridad Social (se modifica el artículo 8 LCSP) y que podrán utilizar exclusivamente en contratos de gestión sanitaria⁴⁸. Obviamente tendrán que concurrir las características propias de esta modalidad de contrato y que no se trate en puridad de un contrato de servicios. Recuérdese que, para un supuesto bastante similar, el Informe 26/09, de 1 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha declarado que los contratos de gestión de servicios sociales evidentemente deben incluirse dentro de la figura genérica que nuestra Ley de Contratos del Sector Público denomina contrato de servicios. En efecto, de conformidad con el artículo 10 de la ley citada, «Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II». De lo cual debemos deducir que si la gestión de servicios sociales se encuentra incluida en alguna de las categorías que contiene el Anexo II de la Ley, deberá calificársele como un contrato de servicios. A este respecto indicaremos que el mencionado Anexo en su categoría 25 se refiere expresamente a los «Servicios Sociales y de Salud», lo que inevitablemente nos lleva a caracterizar este contrato como de servicios. Además, tal y como ha delimitado la jurisprudencia del

48. Lo que genera cierta confusión conceptual dado que difícilmente encaja esta previsión en la lógica comunitaria de la tipología contractual. Me remito a mi monografía *Novedades...*, ob. cit., pp. 147 a 163. De especial interés resulta el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 23/2009 de 4 de noviembre, relativo a la Naturaleza jurídica del concierto con una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la protección de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

TJUE –de 10 de septiembre de 2009, Wasser– sólo podrá existir un contrato de gestión de servicios públicos cuando se transfiera el riesgo de la explotación pues la inexistencia absoluta de transmisión al prestatario de los riesgos relacionados con la prestación del servicio, la operación en cuestión constituye un contrato de servicios⁴⁹. Tesis admitida ya por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 12/2010, de 23 de julio, afirmando –citando como fundamento el derecho comunitario– que:

«De las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio.

De lo anterior se desprende que cuando un negocio jurídico, aunque reúna algunas características de la concesión, como es el caso de que se encomiende la organización del servicio al contratista, pero no contemple la asunción del riesgo de explotación tantas veces mencionado, no podrá considerarse a los efectos de la legislación de contratos del sector público como una concesión de servicios.

En tales casos, la configuración que deba atribuirse podrá ser la propia de un contrato de servicios cuando el objeto del mismo sean «prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro» (art. 10 LCSP), de las incluidas en alguno de los epígrafes que contiene el Anexo II de la misma».

Se entiende mal la reforma introducida en este artículo 8 LCSP que incorpora una tipificación no compatible con el derecho comunitario, que exige, por lo demás, una interpretación funcional. Por ello, la nueva redacción del artículo 8 TRLCSP resulta difícil de explicar y menos permite huir de la calificación como contrato de servicios cuando concurren las notas identitarias del mismo⁵⁰.

49. Se confirma y consolida una línea jurisprudencial que aclara cuando existe un contrato de servicios: sentencias de 13 de octubre de 2005 (Parking Brixen GMBH, apartado 40), de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, apartado 29).

50. En este Sentido se posiciona la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa a distintas cuestiones suscitadas en la preparación de los contratos por los poderes adjudicadores, en particular referentes a la calificación del contrato, el fraccionamiento del objeto del contrato, la excepcionalidad del procedimiento negociado, la solvencia del contratista, los criterios de adjudicación y los gastos imputables al contratista.

h) El 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 publicado en el Boletín Oficial del Estado de 6 de mayo de 2011, que modifica la letra c) del artículo 49.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

i) La ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad⁵¹. La Disposición final primera modifica los artículos TRLCSP siguientes: 24.1; 53.2; 102.2; 134.6; 210.7; se añade el apartado 8 al artículo 210; 262; se añade un párrafo final al apartado 2 del art. 310; disposición adicional vigésimo cuarta. En resumen la modificación consiste en:

1) Artículo 24, sobre obras por la Administración: actualiza el importe que lo permite a 4.845.000 euros, (antes 5.278.000 euros), debiendo concurrir además las circunstancias relacionadas en ese precepto.

2) Artículo 53.2, relativo a los compromisos de adscribir medios personales o materiales por el contratista, considerándolo como obliga-

51. Esta norma se concibe como un instrumento para la incorporación 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. Entre las principales novedades destaca la regulación de la subcontratación, tema controvertido en el ámbito de la contratación pública en general y de manera especial en el de la defensa y la seguridad, introduciendo capacidad de control de la entidad contratante y fomentando un sistema de concurrencia en la selección del contratista. Se regula, igualmente, la cuestión de los pagos. Esta norma, nuevamente, vuelve a introducir modificaciones en la LCSP: artículos 24.1, 53.2, 102.2, 134.4, 210.7, 210.8, 262, Disposición Adicional 24. Con esta norma se pretende efectuar la transposición de 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. Se ha optado por mantener la aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público en todo lo no regulado de forma expresa por esta norma, con lo cual, lejos de establecer un régimen de ruptura con la Ley que rige con carácter general la contratación de los entes del sector público, se pretende enlazar directamente con ella y, de esta forma, extender la vigencia de los principios que la inspiran también al ámbito de la defensa y la seguridad. Destaca en esta norma el nuevo régimen de subcontratación que se quiere instrumentalizar mediante procedimientos concurrenciales. Sobre la contratación en este ámbito, dando cuenta del derecho comunitario, resulta de gran interés el estudio de LAZO VITORIA, X., «Los contratos públicos sobre defensa y seguridad en el mercado europeo», *RVAP*, nº 82, 2008, *ibídem*, «Un Nuevo Sector Excluido De Las Normas Generales De La Contratación Pública: La Defensa Y La Seguridad», en *Revista General de Derecho Administrativo*, 24, 2010.

ción esencial del contrato, modifica simplemente la remisión a la correspondiente letra f) del artículo 206 (antes letra g). Se modifica el artículo 102.2 en el mismo sentido, al remitirse al artículo 206.f) cuando antes lo era la letra g).

3) Artículo 134.6 en el sentido de cambiar la remisión anterior a la letra h) del artículo 206, al apartado f) del artículo 206. Recordemos que este artículo 134.6 se refiere a la posibilidad de que los pliegos puedan considerar que las características que sirvieron para definir los criterios de adjudicación puedan, en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso, ser causa de resolución por su carácter de obligación contractual esencial. En similares términos el segundo párrafo del apartado 7 del artículo 210 que sustituye la remisión del artículo 206.g) a la letra f) del mismo. El apartado 7 del citado precepto se refiere a la imposición a los contratistas de la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, incumplimiento que podría dar lugar a resolución del contrato.

4) Artículo 210.8: expresamente prohíbe las acciones directas contra las administraciones públicas amparándose en el artículo 1597 del Código Civil. Así, ahora *«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 restantes Administraciones Públicas».

5) Se da nueva redacción al artículo 262 sobre causas de resolución de contratos de gestión de servicios públicos al objeto de adecuar la remisión a las correspondientes letras del artículo 206 –anteriormente se remitía a las letras e) y f) y ahora lo hace a las letras d) y e)–.

6) Se modifica el artículo 310.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, incorporándose un párrafo final en relación a los recursos especiales especificando que: *«Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 92 bis a 92 quáter, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación.».* Así, los modificados previstos en pliego o los que se realicen al margen de las previsiones del 92 quáter sí serán objeto de control por los Tribunales de contratos Públicos.

j) **La Ley 26/2011, de 1 de agosto de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**, en su artículo 18, ha añadido un nuevo artículo 70 bis a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, con la siguiente redacción: «Artículo 70 bis. Los órganos de contratación ponderarán, en los supuestos en que ello sea obligatorio, que los licitadores cumplan lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, relativo a la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes. A tal efecto y, en su caso, los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán incorporar en la cláusula relativa a la documentación a aportar por los licitadores, la exigencia de que se aporte un certificado de la empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma o, en el caso de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas legalmente previstas, una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas».

Por último, y en cumplimiento del mandato contenido en la Ley de Economía Sostenible, el **Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, ha aprobado el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP)**, cuya entrada en vigor se producirá el 15 de diciembre de 2011, al mes de la publicación del TRLCSP en el BOE. El TRLCSP consta de 334 artículos distribuidos en 5 libros, por lo que se vuelve al mismo esquema del texto original TRLCSP, eliminando el Libro VI que introdujo la Ley 34/2010 para dedicarlo al «régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y los medios alternativos de resolución de conflictos», disposiciones que se llevan ahora al Libro I del texto refundido. Asimismo, el TRLCSP incluye 31 disposiciones adicionales, 8 transitorias, 6 finales y 3 anexos.

La nueva norma integra y ordena en un texto único las disposiciones de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), con las sucesivas leyes que la han modificado; así como las normas sobre la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos contenidas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (los únicos preceptos de esta norma que seguían vigentes) y en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Sin embargo, mantiene como regulación separada la de 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 de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y la seguridad, mediante la cual se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2009/81/CE.

La razón de ser de la aprobación del TRLCSP se encuentra en la disposición final 32 de la Ley de Economía Sostenible, que autorizó al Gobierno para elaborar, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la misma, un texto refundido en el que se integrasen, debidamente regularizados, aclarados y armonizados, la LCSP, y las disposiciones en materia de contratación del sector público contenidas en normas con rango de ley, incluidas las relativas a la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos.

Sin embargo, mantiene como regulación separada la de 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 de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y la seguridad, mediante la cual se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2009/81/CE.

Se constata, del largo *iter* descrito, que las previsiones de 2007 fueron insuficientes y han sido desbordadas por la realidad en un movimiento constante y anárquico de la normativa que, amén de perplejidad, ha generado dudas prácticas que agravan la crisis de un mercado como el de los contratos públicos. Y el texto resultante, aunque ha solucionado ciertos aspectos prácticos, sigue planteando interrogantes y se presenta como una regulación «pesada», poco acorde a las actuales exigencias de las empresas y muy alejado del escenario de reformas que proponen decididamente las instituciones comunitarias.

El resultado final de este largo camino en movimiento de la normativa de contratos públicos en España no resulta satisfactorio⁵². Aunque parece que esta etapa de reformas ha terminado y entramos en un proceso de pausa, más bien parece un *standby*, pues la Unión Europea está ya preparando una reforma de las Directivas –tal y como se ha puesto

52. Añádase a esto la normativa autonómica, obligada a dar respuesta ante la insuficiencia y rigidez de la normativa española. Al respecto resulta de interés el trabajo de A. I. BELTRÁN GÓMEZ, «Medidas adoptadas por las Comunidades Autónomas en materia de contratos públicos», en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos* 2010, Cizur Menor, 2011, pp. 125-142.

de relieve 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), de 27 de enero de 2011–, lo que exigirá una nueva normativa nacional que regule, esperamos, de forma estable esta materia de la contratación pública.

En este contexto, podemos afirmar que es una necesidad la redacción de un nuevo Código de Contratos Públicos –tal y como se ha optado en Europa– que permita cumplir los siguientes objetivos:

1. Superar las dificultades relacionadas con el tema de los contratos;
2. garantizar el acceso a la información relevante;
3. mejorar la calidad y la comprensibilidad de la información proporcionada;
4. fijar niveles de capacitación y requisitos financieros proporcionados;
5. aliviar la carga administrativa;
6. poner énfasis en la relación calidad-precio y no meramente en el precio;
7. conceder plazo suficiente para preparar las ofertas;
8. velar por que se respeten los plazos de pago.

Un nuevo Código que debe ser un instrumento útil para facilitar una gestión de los contratos públicos guiada por los principios de transparencia, objetividad, eficacia, eficiencia, buena administración, integridad, y adecuación a la realidad administrativa y social en la contratación⁵³. Una nueva regulación que permita a las PYMEs desarrollar su potencial de crecimiento e innovación, con el consiguiente efecto positivo sobre la economía europea (no en vano las PYME se consideran en general la espina dorsal de la economía de la UE y, para aprovechar al máximo su potencial de creación de empleo, crecimiento e innovación, debe facilitarse su acceso a los contratos públicos).

En todo caso, el correcto funcionamiento de la contratación pública

53. Puede destacarse tanto el Estudio de la OCDE *La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z* (INAP, Madrid, 2010), como el Código Europeo de Buenas Prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los Contratos Públicos, de 25 de junio de 2008 –SEC(2008) 2193–. Sus propuestas y reflexiones deben servir para actualizar en este Código una serie de procedimientos y pautas acordes a este fin.

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, como bien sugiere BAÑO LEÓN– o mediante «arbitrajes administrativos». Sin esta previsión las concretas medidas se convertirán en pura utopía permitiendo la apertura cuando menos de peligrosos portillos a las corruptelas ineficientes. Y conviene por ello insistir en los efectos positivos de los nuevos Tribunales Administrativos de contratos públicos en España (aunque sorprendentemente no se ha extendido a todo el territorio nacional) pues están haciendo un control rápido, independiente y eficaz, que permite corregir en breves plazos las irregularidades detectadas y cuyo funcionamiento, más allá de críticas formales a su concreta composición o innecesariedad de clonación a nivel territorial, acredita de forma fehaciente que no solo es un instrumento eficaz desde la perspectiva del control –al anular o confirmar una adjudicación o pliego de forma rápida, demostrando un criterio independiente– sino que tiene impactos económicos positivos (se evita la judicialización y los riesgos de indemnizaciones posteriores, amén de que se garantiza que la adjudicación recae en la oferta económicamente más ventajosa), que hacen de estos un ejemplo de gestión administrativa eficiente. No en vano, como se ha venido recordando, un ordenamiento jurídico que se pretenda efectivo y eficiente en la aplicación de sus previsiones necesita de mecanismos procedimentales y procesales que permitan «reparar y corregir» de forma eficaz las contravenciones a lo dispuesto⁵⁴. De lo contrario se asume un riesgo de corrupción y desconfianza en un sistema que, si bien formalmente puede ser correcto, en la práctica deviene como «generador o facilitador» de incumplimientos que se consolidan y favorecen la idea de que la justicia no es igual para todos los ciudadanos⁵⁵. Es éste un tema crucial, pues del mismo depende la esencia del

54. Me remito a mi monografía *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, Cizur Menor, 2010, pp. 297-313.

55. Sobre la necesidad de un sistema de control como elemento para evitar prácticas corruptas me remito a mi trabajo *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, pp. 517-535. Transparencia Internacional afirma que «La corrupción en la contratación pública es reconocida actualmente como el factor principal de desperdicio e ineficiencia en el manejo de los recursos en la región. Se estima que, en promedio, el 10% del gasto en contrataciones públicas se desperdicia en corrupción y soborno. Frente a esta problemática, el combate de la corrupción en la contratación pública se vuelve una condición básica para propiciar la adecuada satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, así como para promover la ética pública y la responsabilidad empresarial.

derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Y es que sin sistemas eficaces de recursos que no aquilaten en el tiempo la resolución del conflicto será imposible hacer efectiva la finalidad de una identidad colectiva a la que se refiere J. HABERMAS por no existir derechos y obligaciones mutuos y carecer, por ello, de espíritu de grupo.

En definitiva, el nuevo escenario jurídico y económico aconsejan, pues, una revisión de nuestra legislación de contratación pública –que respete el marco normativo comunitario y evite inseguridades jurídicas– con el horizonte de fomentar una gestión eficiente e íntegra, que favorezca además la consolidación de un tejido empresarial que genere y mantenga puestos de trabajo. Pero los hechos han venido a demostrar que tal pretensión ha fracasado, urgiendo a sucesivas reformas legales –puntuales o de gran contenido– que han hecho de esta norma una norma en eterno movimiento legislativo, con el riesgo de inseguridad jurídica y de encarecimiento de costes administrativos.

A este objetivo de codificación debe contribuir el hecho de que exista ya propuesta de nueva Directiva de contratos públicos, que persigue, además de la eficiencia del gasto público, que pasa por la simplificación de las reglas actuales, la protección del medio ambiente, el ahorro energético, la promoción de la innovación, la lucha contra el cambio climático y la inclusión social.

III. UN CÓDIGO DE CONTRATOS PÚBLICOS COMO APUESTA ESTRATÉGICA PARA LA REACTIVACIÓN ECONÓMICA: LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LAS PYMES

Una nueva regulación codificadora, amén de dotar de estabilidad al sistema jurídico de la contratación pública, debería de introducir «ajustes» normativos y nuevas prácticas administrativas que permitieran un desarrollo correcto de la competencia en las que las PYMES no estuvieran «discriminadas» por la circunstancia de sus propias características y de la aplicación de la normativa nacional/comunitaria. No en vano, las PYMES se consideran en general la espina dorsal de la economía de la UE⁵⁶. Por ello, para aprovechar al máximo el potencial de

56. A efectos del presente Dictamen, y de acuerdo con la Recomendación de la Comisión de 6 de mayo de 2003 sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (2003/361/CE), publicada en el DOUE de 20 de mayo de 2003 L 124/36 (cfr. arts. 1 y 2), se considera empresa toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica. Se entiende por medianas empresas las que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros. De otra parte, se considera pequeña empresa la que ocupa a

creación de empleo, crecimiento e innovación de las PYMEs, debe facilitarse su acceso a los contratos públicos.

La legislación de contratos públicos debe utilizarse como herramienta para implementar políticas públicas. En esta línea debe recordarse que criterios relacionados con la protección del medio ambiente (ecoetiquetas, productos reciclables, sistemas de depuración de vertidos, etc.) son admitidos como válidos por la Comunicación de la Comisión de 28 de noviembre de 2001. Y ello porque guardan relación con la política ambiental prevista en el artículo 2 del Tratado de la Comunidad Europea y el artículo 45 de nuestra Constitución. Muy especialmente –dentro del marco que posibilitan los Acuerdos GATT– debe regularse un sistema que evite deslocalización empresarial y que no penalice a las empresas europeas ni a las PYMEs. Otro tanto sucede con los criterios que integren aspectos sociales, admitidos cuando éstos comporten para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del contrato (Comunicación interpretativa de la Comisión de 10 de noviembre de 2001)⁵⁷, lo que refleja la idea de que la contratación pública es una herramienta para la efectividad de políticas públicas⁵⁸.

menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros. Asimismo, dentro de la categoría de PYMEs. Se considera microempresa la que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros.

57. En un caso que la Comisión tuvo que examinar, el poder adjudicador se basó principalmente en los elementos siguientes para adjudicar un contrato a la empresa local de transporte: la implantación de la empresa en la localidad tenía, por una parte, repercusiones fiscales y suponía, por otra, la creación de puestos de trabajo estables; además, la adquisición en ese mismo lugar de un importante volumen de material y servicios por parte del proveedor garantizaba una serie de empleos locales. La Comisión consideró que los poderes adjudicadores no podían basarse en este tipo de criterios para evaluar las ofertas, dado que no permitían valorar una ventaja económica propia de la prestación objeto del contrato y que beneficiara al poder adjudicador. Esta primera objeción venía motivada por la violación de las normas sobre adjudicación contenidas en el artículo 36.1 de la Directiva 92/50/CEE. Asimismo, estos elementos habían llevado a discriminar a los demás licitadores, puesto que, al comparar las ofertas, se dio preferencia al único proveedor establecido en la localidad considerada. En consecuencia, se había infringido el principio general de no discriminación entre proveedores de servicios enunciado en el artículo 3 de la Directiva 92/50/CEE. A favor de esta posibilidad también se había posicionado en España el Consejo de Estado en su Dictamen 4464/98, de 22 de diciembre. En la doctrina *Vid.* MORENO MOLINA, «Los procedimientos de selección de contratistas y de adjudicación de los contratos», *Noticias Unión Europea* n° 198, 2001, pp. 68.
58. *Vid.* T. MEDINA ARNÁIZ, «Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Cizur Menor, 2011, pp. 43-104.

Es decir, los criterios sociales y medioambientales, están admitidos y fomentados por las instituciones comunitarias dado que la contratación pública no es un fin en si misma sino que es una potestad al servicio de otros fines de interés general (como son la estabilidad laboral, medio ambiente, integración social) y que en modo alguno restringen o limitan la competencia, permitiendo dar efectividad a valores superiores actualmente recogidos en el TCE⁵⁹. Así nada impide, como recuerdan las dos comunicaciones citadas, que se incluyan estos criterios dado que los poderes adjudicadores gozan de libertad para determinarlos siempre que no se restrinja la participación en él en detrimento de los licitadores de otros Estados miembros.

Desde esta perspectiva se justifica la adopción de medidas y soluciones que incorporen a las PYMEs de manera efectiva al mercado de la contratación pública. Decisión que no es de proteccionismo, sino que pretende asegurar una efectiva concurrencia entre todos los operadores económicos dentro del marco normativo nacional-comunitario.

Sin duda, la mayor participación de las PYMEs en las compras públicas generará una competencia más intensa por la obtención de contratos públicos, lo que ofrecerá a las entidades adjudicadoras una mejor relación calidad-precio en sus adquisiciones. Por otra parte, la mayor competitividad y transparencia de las prácticas de contratación pública permitirá a las PYMEs desarrollar su potencial de crecimiento e innovación, con el consiguiente efecto positivo sobre la economía⁶⁰.

Las posibilidades para facilitar el acceso de las PYMEs a los contra-

59. La política de contratación pública es, en definitiva, uno de los muchos elementos de la política de mercado interior, que tiene una serie de objetivos estratégicos (en particular, la libre circulación de mercancías, personas y servicios). Pretende contribuir a la realización del mercado interior, estableciendo las condiciones de competencia necesarias para que los contratos públicos se adjudiquen sin discriminación y asignando racionalmente los recursos públicos mediante la elección de la mejor oferta. La aplicación de estos principios permite a los poderes adjudicadores obtener la mayor rentabilidad siguiendo ciertas normas en cuanto a la descripción del objeto del contrato, la selección de los candidatos conforme a criterios objetivos y la adjudicación fundada exclusivamente en el precio o, facultativamente, en una serie de criterios objetivos. A favor de esta interpretación puede consultarse C. TOBLER, «Encore: women's clauses in public procurement under Community Law», ob. cit., pp. 624-627.

60. Vid. mi trabajo *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*, Cizur Menor, 2010, pp. 360 a 363. También J. A. MORENO MOLINA defiende una nueva regulación más eficiente que favorezca el acceso de las PYMEs a los mercados públicos, «El nuevo TRLCSP», núm 115 *Revista Contratación Administrativa Práctica*, La Ley, 2012, p. 19.

tos públicos pueden agruparse en torno a dos grandes estrategias. La primera es la reserva de contratos. Y la principal exponente de esta estrategia es Estados Unidos donde su Small Business Act reserva el 25 % de los contratos públicos federales a las PYMEs estadounidenses⁶¹. No obstante, en el ámbito de la UE no se plantea la cuestión de fijar cuotas a favor de las PYMEs, puesto que, de una parte, se calcula que aproximadamente el 42 % del volumen global de contratos públicos (datos de 2005) se adjudica a empresas consideradas PYMEs, y de otra, se considera que la adopción de medidas proteccionistas similares a las anteriores no contribuiría a alcanzar el objetivo general que debe perseguir la Unión Europea consistente en abrir los mercados⁶².

En el ámbito de la UE, la Comisión Europea presentó el 25 de junio de 2008 una Comunicación al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre «Pensar primero a pequeña escala»: «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas⁶³. La «Small Business Act para Europa» aspira a mejorar el enfoque político global con respecto al espíritu empresarial, a fin de fijar irreversiblemente el principio de «pensar primero a pequeña escala» en la formulación de políticas, desde la elaboración de normas hasta los servicios públicos, y promover el crecimiento de las PYMEs ayudándolas a afrontar los problemas que siguen obstaculizando su desarrollo⁶⁴.

-
61. El texto de la Small Business Act puede consultarse desde la página web <http://www.sba.gov/regulations/sbaact/sbaact.pdf> de la Small Business Administration, un agencia federal creada en 1953 para ayudar, aconsejar, asistir y proteger los intereses de los pequeños empresarios (–en español– <http://www.sba.gov/espanol/>).
 62. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 29 de mayo de 2008 sobre el tema «Contratos públicos internacionales» (2008/C 224/06).
 63. COM(2008) 394 final. La denominación simbólica de «Act» de esta iniciativa subraya la voluntad política de reconocer el papel central de las PYMEs en la economía de la UE y de articular por primera vez un marco político completo para la UE y sus Estados miembros.
 64. El DOUE de 22 de diciembre de 2011, publica el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones –Revisión de la "Small Business Act" (SBA) para Europa» COM(2011) 78 final (2011/C376/09). El Comité afirma en dicho dictamen, en materia de contratación pública:
 - «3.3 Acceso a los mercados
 - 3.3.1 La SBA reconoce la necesidad de facilitar el acceso de las PYME a la contratación pública. Para fomentar su participación en la contratación pública, no sólo se deben simplificar los procedimientos, sino también crear políticas favorables a las PYME en los Estados miembros, algo que por el momento sólo ocurre en algunos de ellos.
 - 3.3.2 El CESE considera urgente aplicar plenamente el «Código Europeo de Buenas Prácticas»(3) en la contratación pública; exhorta a la Comisión y a los Estados miembros

Esta iniciativa política para las PYMEs se sustenta sobre dos pilares. El primero relativo a los diez principios que deben servir de guía para la formulación y ejecución de políticas, tanto a escala de UE como de los Estados miembros:

a) Establecer un marco en el que los empresarios y las empresas familiares puedan prosperar y en el que se recompense el espíritu empresarial

b) Garantizar que los empresarios honestos que hayan hecho frente a una quiebra tengan rápidamente una segunda oportunidad

c) Elaborar normas conforme al principio de «pensar primero a pequeña escala»

d) Hacer a las administraciones públicas permeables a las necesidades de las PYMEs

e) Adaptar los instrumentos de los poderes públicos a las necesidades de la PYMEs: facilitar la participación de las PYMEs en la contratación pública y utilizar mejor las posibilidades de ayuda estatal ofrecidas a las PYMEs

f) Facilitar el acceso de las PYMEs a la financiación y desarrollar un marco jurídico y empresarial que propicie la puntualidad de los pagos en las transacciones comerciales

g) Ayudar a las PYMEs a beneficiarse más de las oportunidades que ofrece el mercado único

h) Promover la actualización de las cualificaciones en las PYMEs y toda forma de innovación

i) Permitir que las PYMEs conviertan los desafíos medioambientales en oportunidades

j) Animar y ayudar a las PYMEs a beneficiarse del crecimiento de los mercados

Uno segundo con nuevas propuestas legislativas guiadas por el principio de «pensar primero a pequeña escala»⁶⁵.

bros a adoptar políticas favorables para facilitar un acceso más eficaz de las PYME y las microempresas a los contratos públicos.

65. Entre las que se pueden citar: a) Reglamento General de Exención por Categorías en el ámbito de las Ayudas Estatales, que eximirá de la notificación previa algunas categorías de ayudas estatales amparadas por la normativa vigente en materia de ayuda a las PYMEs, formación, empleo, I+D y ayuda regional, y posiblemente también nuevas categorías de ayuda. El nuevo Reglamento simplificará y armonizará la normativa vigente aplicable a las PYMEs y aumentará la intensidad de la ayuda de inversión destinada a las PYMEs; b) Reglamento por el que establece el Estatuto

Como complemento de lo anterior, y como segunda estrategia, los Servicios de la Comisión Europea presentaron también el 25 de junio de 2008 un documento de trabajo (orientativo, que muestra la opinión de los Servicios de la Comisión, pero que no puede considerarse vinculante para la Institución) que podría ser el embrión de un CÓDIGO EUROPEO DE BUENAS PRÁCTICAS para facilitar el acceso de las PYMEs a los contratos públicos⁶⁶. El «Código de buenas prácticas» se presenta con la intención de ayudar a las autoridades públicas a desarrollar «estrategias», «programas» o «planes de acción», con el objetivo específico de facilitar el acceso de las PYMEs a los contratos públicos⁶⁷. El objetivo general del «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYMEs a los contratos públicos» es permitir a los Estados miembros y a sus poderes adjudicadores aprovechar plenamente el potencial de las Directivas sobre contratación pública, a fin de garantizar condiciones equitativas para todos los operadores económicos que deseen participar en licitaciones públicas. Concurrencia que debe ser perfilada desde el cumplimiento del marco normativo social, ambiental, etc. exigible a las empresas del contexto comunitario con el objetivo de no fomentar la deslocalización empresarial y poder comparar ofertas económicas desde el requisitos previo de empresas «equivalentes» en lo relativo al cumplimiento de las políticas sectoriales articuladas por lo distintos estados de la Unión, lo que no debe entenderse como un proteccionismo sino como un instrumento de tratamiento de igualdad entre las empresas (amparado, por demás en el vigente Tratado GATT). Y es que en modo alguno puede justificarse que la propia recesión económica, en una aplicación absoluta del principio del valor económico de la oferta como elemento de decisión en la compra pública, se traduzca en un proceso de destrucción del tejido productivo empresarial español y europeo, en tanto con tal opción se incrementarán los efectos de la crisis

de la Empresa Privada Europea (EPE); c) Directiva sobre tipos reducidos de IVA, que ofrecerá a los Estados miembros la opción de aplicar tipos reducidos de IVA, sobre todo a los servicios locales, principalmente prestados por PYMEs; d) Propuesta legislativa para modernizar, simplificar y armonizar aún más la normativa vigente sobre facturación del IVA, a fin de reducir la carga impositiva a las empresas; y e) Modificación de la Directiva 2000/35/CE sobre morosidad, para garantizar que se pague puntualmente a las PYMEs en toda operación comercial.

66. SEC (2008) 2193. Este documento tiene por objetivos: 1) proporcionar a los Estados miembros y a sus poderes adjudicadores orientaciones sobre cómo pueden aplicar el marco jurídico comunitario de manera que facilite la participación de las PYMEs en los procedimientos de adjudicación de contratos, y 2) destacar las normas y prácticas nacionales que potencian el acceso de las PYMEs a los contratos públicos.
67. Para más información puede consultarse la página web: http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/public_procurement.htm

creando una fractura social de difícil recomposición. Es momento de exigir la «calidad» empresarial como parámetro previo para la participación de un proceso de licitación pública, exigiendo como requisito ciertos estándares sociales y ambientales (lo que se traducirá en un ajuste del mercado público a empresas «responsables» aunque el precio final que se obtenga por la prestación sea mayor).

Los problemas que las PYMEs encuentran para acceder a los contratos públicos se encuentran localizados, principalmente, en el ámbito de la capacidad/solvencia que se exige para concurrir a las licitaciones, el acceso a la información sobre los contratos, las cargas administrativas y burocráticas que deben superarse en la tramitación de los expedientes de contratación y los retrasos en el cumplimiento de sus obligaciones (de pago, fundamentalmente) por parte de las entidades adjudicadoras. Para superar estos problemas, las propias PYMEs han llegado a afirmar que lo más necesario para facilitar el acceso de las mismas a los contratos públicos no es tanto la introducción de modificaciones en la normativa sobre contratación pública, sino más bien un cambio en la mentalidad de los poderes adjudicadores.

Al hilo de cada uno de los problemas que se han identificado como obstáculos para el acceso de las PYMEs a los contratos públicos se presentan a continuación una serie de medidas a incorporar al Código de contratos Públicos que podrían servir para superar dichos problemas.

Uno de los problemas que con mayor frecuencia alegan las PYMEs es su incapacidad para presentar ofertas por la totalidad de los contratos. Para superar este problema, pueden tomarse en consideración las siguientes medidas:

a) Subdividir los contratos en lotes como mecanismo de acceso a lotes «específicos» a las PYMEs.

Las Directivas sobre contratación pública permiten que los contratos se adjudiquen por lotes separados⁶⁸. 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

68. Artículo 9, apartado 5, de la Directiva 2004/18/CE y artículo 17, apartado 6, letra a), de la Directiva 2004/17/CE.

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 (administrativas, en el caso de contratos de entidades que, a efectos de la TRLCSP, tengan la consideración de Administraciones públicas) 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 contrato⁶⁹. Convendría que se advirtiera expresamente de dicha posibilidad en el texto de la LCSP o de su desarrollo reglamentario⁷⁰.

69. La propia Dirección General del Servicio Jurídico del Estado avaló tal posibilidad en su Informe de 28 de julio de 2006 al razonar que «...el establecimiento de varios lotes y la posibilidad de adjudicar cada uno de ellos a contratistas distintos permite a la Administración contar con una mayor garantía de cumplimiento, pues si alguno de los contratistas no puede cumplir con la entrega del lote o lotes adjudicados, la circunstancia de que el resto de lotes hayan sido adjudicados a empresarios distintos evita que la Administración quede completamente desabastecida. De ahí que resulte lógico entender que lo que establece el artículo 67.5.a) del RGCAP es una facultad de la Administración de decidir si se admite la licitación de uno, varios, o todos los lotes, pues, según las concretas circunstancias de cada contrato, puede interesar a la Administración diversificar, mediante un reparto por lotes, el número de suministradores contratados...».

70. No confundir con la posibilidad de establecimiento de limitaciones en la fase de

La subdivisión de los contratos en lotes, además de favorecer la participación de PYMEs, intensifica la competencia entre los licitadores, lo que redundaría 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.

Una variante de la división en lotes es la licitación por artículos, y proporciona las mismas ventajas que la división en lotes del objeto del contrato. Cuando lo que se pretende es la adquisición de artículos funcionalmente independientes pero cuyas características técnicas determinan una innegable relación los unos con los otros (por ejemplo, suministros de oficina, mobiliario, etc.) puede licitarse cada categoría de artículos de manera individual. Con ello no se produce un fraccionamiento contractual sino un agrupamiento de artículos en lotes que se tramitan en un único expediente.

De esta manera, podrían acceder a la licitación PYMEs especializadas en cada categoría de productos que, cuando se licitan lotes, no pueden licitar por no disponer de la totalidad de los productos o artículos que integran cada lote.

Una interpretación no restrictiva de la regla de la división en lotes debería permitir la formación de lotes agrupando diversas categorías de productos o la licitación individual de los mismos, pero sería conveniente que en este Código se advirtiera expresamente de dicha posibilidad.

b) Licitación de las partes «especializadas» de forma autónoma.

Otra posibilidad (modelo irlandés) sería, de manera simultánea con la convocatoria, licitación y adjudicación de contratos de obras (especialmente en los casos de obras de nueva planta, pero también en las de primer establecimiento, reforma o gran reparación), publicar, licitar y adjudicar los contratos correspondientes a alguno de los ámbitos especializados (instalaciones eléctricas, mecánicas, fontanería, alicatados, etc.) a distintos operadores por separado.

En las condiciones de ejecución (que se harían constar en el Pliego

adjudicación (posible exclusión de ofertas de licitadores admitidos a la licitación y que hayan acreditado cumplir los requisitos exigidos en materia de capacidad de obrar, solvencia económica, financiera y técnica o profesional), basando tal exclusión en la mera circunstancia de haber resultado adjudicatarios de uno de los lotes que integran el objeto del contrato. Este criterio no cuenta con base normativa alguna y supone una restricción a los principios generales de la contratación legalmente previstos que, por tales motivos, no resultaría admisible.

de cláusulas particulares) de cada uno de estos contratos, así como en las del contrato principal, habría de señalarse la obligación del adjudicatario de estos contratos especializados de coordinarse con el adjudicatario del contrato principal de obras, así como con el resto de intervinientes. Para garantizar dicha coordinación, debería recurrirse a la figura del Responsable del contrato⁷¹ (más bien del proyecto o Project Manager), licitando el oportuno contrato cuando dicha persona (física o jurídica) no se encuentre integrada en la estructura orgánica del Ente adjudicador.

Idéntica solución puede adoptarse para la primera licitación de servicios auxiliares o complementarios de la obra construida (por ejemplo la limpieza, la seguridad o el mantenimiento de las instalaciones construidas).

c) Fomentar la posibilidad de que las PYMEs se agrupen y aprovechen su capacidad económica, financiera y técnica conjunta.

Las Directivas sobre contratación pública⁷² permiten a los operadores económicos recurrir a la capacidad económica, financiera y técnica de otras empresas, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas, a fin de demostrar que satisfacen el nivel de competencia o capacidad exigido por el poder adjudicador. No obstante, el operador económico debe demostrar que dispondrá de los recursos necesarios para la ejecución del contrato.

Los distintos poderes adjudicadores –al margen se su consideración como Administración Pública– están obligados a aceptar esas formas de cooperación entre PYMEs. A fin de favorecer la mayor competencia posible, conviene que los poderes adjudicadores pongan de manifiesto esa posibilidad en el anuncio de licitación.

Admitida de forma genérica en la normativa la posibilidad de acreditar la solvencia propia mediante el recurso a medios ajenos, convendría que los órganos de contratación orientaran al licitador sobre cómo debe materializarse la acreditarse ante el mismo la disposición efectiva de esos medios externos.

Y también habría que aclarar qué tipo de solvencia puede acreditarse utilizando recursos ajenos (existen criterios divergentes en cuanto

71. Artículo 41 LCSP.

72. Artículo 47, apartados 2 y 3, artículo 48, apartados 3 y 4, y artículo 52, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 2004/18/CE y artículo 53, apartados 4 y 5, y artículo 54, apartados 5 y 6, de la Directiva 2004/17/CE.

a la posibilidad de acreditar la solvencia económica y financiera entre la JCCA del Estado –Informe 45/02, de 28 de febrero de 2003– y la JCCA de Aragón –Informe 29/2008, de 10 de diciembre–).

Por lo demás, y dado que la implantación de esas formas de cooperación entre PYMEs exige tiempo, los poderes adjudicadores deberían aprovechar la posibilidad de preparar el mercado para futuras contrataciones, publicando anuncios de información previa que den a los operadores económicos margen de tiempo suficiente para preparar ofertas conjuntas. Es evidente que todas estas disposiciones y prácticas facilitan la constitución de agrupaciones de PYMEs independiente.

d) Extensión de la aplicación de los acuerdos marco.

Una de las piezas clave para incrementar el acceso de las PYMEs a los contratos públicos es la extensión, en su concreta aplicación, de la figura de los acuerdos marco con varios operadores económicos y no exclusivamente con un único operador. A través de este procedimiento «precontractual» los poderes adjudicadores cuentan con la posibilidad de celebrar un acuerdo marco con varios operadores económicos y de organizar posteriores «mini licitaciones», abiertas a la participación de las partes en el acuerdo marco, a medida que se vayan haciendo patentes las necesidades de suministro del poder adjudicador. Frente a los mecanismos habituales de licitación, en los que el poder adjudicador busca un proveedor que le suministre todos los bienes durante un período determinado lo que podría favorecer a empresas de mayores dimensiones, los acuerdos marco pueden brindar a las PYMEs la posibilidad de competir por contratos que se hallen en condiciones de ejecutar. Tal es el caso, en particular, de los acuerdos marco que abarcan a un gran número de operadores económicos y están subdivididos en lotes, o de los contratos basados en tales acuerdos marco que se adjudican por lotes. Estas «mini licitaciones» deberían apoyarse en medios electrónicos con plazos cortos y criterios muy reglados. El futuro Código bien podría insistir en esta posibilidad «orientando» a los distintos poderes adjudicadores en este procedimiento.

e) Mejorar el acceso a la información por parte de las PYMEs a través de las posibilidades que ofrece la contratación pública electrónica (e-procurement).

Sin efectiva información no hay transparencia ni concurrencia. La Directiva de Servicios de 2006⁷³ trata de garantizar los derechos de los

73. Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

prestadores de servicios a la agilidad administrativa imponiendo la obligación de que los Estados dispongan de una ventanilla única, un único punto donde el prestador de los servicios pueda tanto recibir información como realizar todos los trámites necesarios para el ejercicio de su actividad. En el ámbito de la contratación pública, se había venido insistiendo en la necesidad de que existiera una ventanilla única de contratación donde el licitador pudiera recibir información de todas las Administraciones públicas y presentarse a las correspondientes licitaciones. Esta posibilidad –que estaba ya prevista en el artículo 309 LCSP (ahora 334 TRLCSP), cuando regula la Plataforma de Contratación del Estado a la que deberán conectarse las plataformas autonómicas– ha sido acertadamente objeto de desarrollo mediante la Ley de Economía sostenible, en su Disposición Adicional Decimosexta, que establece de forma muy acertada para conseguir una mayor transparencia de la información en la contratación pública la obligación de publicidad de todos los perfiles en la Plataforma del Estado de todos los entes instrumentales estatales⁷⁴. Con esta nueva regulación se pretende mejorar la información que reciben las empresas a través de las posibilidades que ofrece la contratación pública electrónica (e-procurement). Opción igualmente seguida por la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, cuya Disposición Adicional Sexta establece la obligación de que todos los poderes adjudicadores del sector público autonómico deberán facilitar el acceso a su perfil de contratante y a sus instrucciones de contratación a través del perfil de contratante del Gobierno de Aragón.

Aun siendo medidas muy interesantes debe avanzarse en la implementación de los medios electrónicos en la tramitación de los procedimientos de contratos públicos. Obviamente la contratación pública electrónica favorece la competencia, ya que facilita el acceso a la información pertinente sobre oportunidades de negocio. Puede, además, resultar especialmente ventajosa para las PYMEs, ya que les permite una comunicación rápida y barata; así, por ejemplo, puede descargarse el pliego de condiciones y cualquier otra documentación complementaria, sin gasto alguno de copia y envío. Pero esto será así si la información no se encuentra fraccionada en la red con lo que se dificulta –si no impide– el

74. Modelo iniciado con Cataluña mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 17 de julio de 2007 y seguido en sentido similar por Galicia mediante Orden de 4 de junio de 2010 por la que se regula la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia (el artículo 10 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega avanzaba esta línea).

efectivo conocimiento de las licitaciones en curso. Ciertamente en estos momentos en España existe la posibilidad de búsqueda de anuncios de licitación a través de portales Web, pero es tal el número (de varios miles) que se dificulta a los licitadores tener una visión de conjunto quebrando el principio de transparencia y en consecuencia el de igualdad de trato y de no discriminación dado que esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia (SSTJCE de 6 de abril de 2006, ANAV, apartado 21 y de 15 de octubre de 2008, Acoset SpA). Por ello, debería establecerse las siguientes obligaciones:

- publicación de los anuncios de contratos públicos en línea;
- habilitación de un único portal Web centralizado para el Estado y las Comunidades Autónomas;
- libre acceso a los anuncios;
- motor de búsqueda multifuncional;
- posibilidad de que las empresas creen un perfil, a fin de recibir avisos sobre oportunidades de negocio;
- descarga directa de los pliegos de licitación y la documentación complementaria;
- sistema de licitación electrónica, que permita a los poderes adjudicadores recibir ofertas por vía electrónica con sujeción a lo dispuesto en las Directivas sobre contratación pública en lo que respecta a la integridad de la información, la confidencialidad, la accesibilidad, etc.

f) Creación un Registro de licitadores de ámbito territorial estatal-autonómico.

En la línea de simplificación de trámites y ahorro de «costes» es necesario insistir en la implementación de la administración electrónica en la tramitación de los contratos públicos. La intercomunicación por medios electrónicos debe garantizar no sólo los extremos relativos al contenido íntegro de los actos sino también los que hacen referencia a su autoría, competencia del órgano y a su fecha de emisión, lo cual es especialmente relevante en relación con trámites como las certificaciones de existencia de crédito o los informes preceptivos de los órganos que tienen encomendada la fiscalización económica de los actos o el asesoramiento jurídico⁷⁵. Aquí debe tenerse muy en cuenta lo dispuesto por la

75. J. DOMÍNGUEZ-MACAYA, «La ieContratación...», ob. cit., pp. 52-54.

Ley 11/2007 de 2 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que exige de presentar documentos que ya tienen las Administraciones Públicas y que da plena validez al envío de documentos escaneados acompañados con la firma digital del interesado. Un ejemplo claro son los Registros Electrónicos de Licitadores –bóveda del sistema para la efectiva contratación Pública electrónica–, y cuya implantación condiciona todo el modelo⁷⁶.

Directamente ligado al objetivo anterior, y desde la perspectiva de la «ventanilla única» parece correcta y aconsejable la creación de Registro de licitadores de ámbito territorial autonómico, en tanto medida de simplificación y ahorro de costes para los licitadores (y también poderes adjudicadores) amén de dotar de más agilidad a los procedimientos. Registros que, lógicamente, sus certificados deberán tener validez y eficacia obligatoria para todas las Administraciones Públicas⁷⁷. Recordemos que los certificados del actual Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma solo tienen validez para aquellas entidades que lo hayan reconocido previo el oportuno convenio⁷⁸. El registro tendría que tener un formato electrónico y ser accesible por medios enteramente telemáticos. Esta dotará de mayor celeridad a los procedimientos proporcionando una mejor gestión de los mismos.

g) Valoración «funcional» de la solvencia de los licitadores.

Por lo que respecta a la capacidad técnica y profesional de los licitadores, la propia Comisión Europea ha indicado que el poder adjudicador debe optar por criterios de selección que le permitan determinar si un licitador posee la capacidad necesaria para la ejecución del contrato considerado, en lugar de valorar la capacidad general de los licitadores.

76. A modo de ejemplo e Registro Electrónico de Empresas Licitadoras, regulado por Decreto 107/2005, de 31 de mayo, de Cataluña, ofrece un Registro en formato electrónico, voluntario y gratuito que es único para todo el sector público de Cataluña y que colabora con otros registros de licitadores y que pone a disposición de todos los órganos de contratación un completo «dossier electrónico» de la empresa –con solvencia completa– que es accesible de manera segura y permanente.

77. La lógica de la colaboración administrativa impone esta solución. Solo así se evitan duplicidades y costes administrativos innecesarios superando una visión centralista de la función de los Registros. En este posición, de carácter general, resulta de interés el trabajo de GONZÁLEZ BUSTOS, «La cooperación administrativa como mecanismo de funcionamiento del mercado interior de servicios a la luz de la Directiva Bolkestein», en libro col. Dirigido por R. Rivero *Mercado Europeo y reformas administrativas. La trasposición de la Directiva servicios en España*, Civitas, Cizur menor, 2009, p. 219.

78. Vid. GIMENO FELIÚ, *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*, ob. cit., pp. 361-362.

Para ello, puede resultar conveniente abandonar los criterios formales y adoptar mecanismos de verificación funcionales:

- Revisar los requisitos exigidos para contratar como consecuencia del principio de libre prestación de servicios.

- Estudiar la posibilidad de contemplar la clasificación como requisito no obligatorio⁷⁹. La exigencia de clasificación empresarial en España puede resultar contraria al principio de la libre prestación de servicios, de modo que además de afectar a la libre competencia, como ya ha puesto de manifiesto la Comisión Nacional de la Competencia⁸⁰. Resultaría discriminatorio admitir a un licitador europeo con una solvencia sin clasificación y sin embargo exigir ésta como obligatoria en los casos previstos en la normativa nacional a los licitadores españoles. Por ello, el máximo valor que pudiera otorgarse a la clasificación debiera ser de carácter potestativo. Tal decisión no quebranta la finalidad de la propia clasificación e introduce flexibilidad formal en la presentación de la documentación.

- Revisar el sistema de clasificación o admisión alternativa de otros medios de acreditación de la solvencia. De esta manera se evita que queden privados del acceso a la licitación empresas que no cuenten con la clasificación exigida, pero puedan justificar la solvencia exigible (por sí solas, o con medios externos).

- Revisar la exigencia de constituirse en UTE o en sociedad concesionaria en el caso de los contratos de concesión de obra pública. La obligación de adoptar una concreta forma societaria puede ser contraria a la Directiva «Servicios», en concreto, al artículo 16.2.c) de la misma⁸¹.

- Igualmente sería contrario a la Directiva «Servicios» exigir de los licitadores el requisito de disponer de establecimiento abierto en territorio español⁸². Distinta sería la exigencia de mantener una oficina abierta durante la ejecución del contrato que puede tratarse como un requisito de adscripción de medios.

79. Así lo he defendido en mi monografía *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, Cizur Menor, 2010, pp. 193.

80. Comisión Nacional de la Competencia: IPN 04/2008. Clasificación de contratistas.

81. *Los Estados miembros no podrán restringir la libre prestación de servicios por parte de un prestador establecido en otro Estado miembro, mediante la imposición de los siguientes requisitos... c) prohibición de que el prestador se procure en el territorio nacional cierta forma o tipo de infraestructura, incluida una oficina o un gabinete, necesaria para llevar a cabo las correspondientes prestaciones.*

82. Cfr. también art. 16.2.c de la Directiva 2004/18.

- Tomar en consideración la experiencia no de la empresa sino de sus trabajadores (tal y como sucede en Letonia), y de los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato (exigiendo compromiso de adscripción de medios).

g) Simplificación procedimental-documental.

Uno de los motivos de queja más frecuentes de las PYMEs es el tiempo que requiere la cumplimentación de trámites administrativos. Por ello, dado que las PYMEs no suelen disponer de gran capacidad administrativa especializada, resulta imprescindible reducir al mínimo los requisitos administrativos. Debe aprovecharse la oportunidad derivada de la transposición de la citada Directiva «Servicios» y de la nueva propuesta de Directiva de contratación pública.

Así, por ejemplo, de conformidad con las Directivas sobre contratación pública y a fin de cerciorarse de la aptitud del adjudicatario del contrato, los Estados miembros podrán 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. Opción que se recoge en el artículo 57 de la propuesta de Directiva. Así, únicamente el licitador que haya presentado la mejor oferta deberá entonces presentar todos los certificados originales pertinentes dentro de un plazo establecido. No obstante, para que tal procedimiento cumpla el objetivo que persiguen las Directivas sobre contratación pública esto es, la aptitud del adjudicatario, los Estados miembros deberán prever un sistema efectivo, proporcionado y disuasorio de sanciones aplicables en el supuesto de que el licitador que haya presentado la mejor oferta no esté finalmente en condiciones de aportar las pruebas documentales pertinentes en el plazo establecido o, peor aún, si se determina que incumple uno o varios de los requisitos a los que se supedita la aptitud de los candidatos o licitadores. En todo caso, si el licitador que presente la mejor oferta no aporta las pruebas documentales pertinentes, no obtendrá el contrato, que podría adjudicarse, sin embargo, al licitador situado en segundo lugar, siempre que esta posibilidad se haya indicado en el pliego de condiciones⁸³.

No obstante, en aquellos casos en que los poderes adjudicadores decidan limitar el número de candidatos aptos a los que se invitará a presentar ofertas, negociar o celebrar un diálogo competitivo a lo que

83. Opción incorporada, con ciertas limitaciones procedimentales, en el artículo 6 de la Ley 3/2011, de medidas de Contratos del Sector Público de Aragón.

están autorizados en los procedimientos restringidos, los procedimientos negociados con publicación de anuncio de licitación y en los de diálogo competitivo, deberán cerciorarse de que haya un número mínimo de candidatos aptos, de conformidad con las correspondientes disposiciones de las Directivas⁸⁴. En otras palabras, los poderes adjudicadores no podrán invitar a presentar ofertas, iniciar negociaciones o celebrar un diálogo competitivo hasta tanto no hayan seleccionado el número mínimo de candidatos aptos previsto en las Directivas (en efecto, la introducción de esas disposiciones específicas de las Directivas de la UE obedeció a la voluntad de garantizar una verdadera competencia en tales casos entre un número suficiente de candidatos aptos).

Por otra parte, puede resultar oportuno autorizar a los poderes adjudicadores a dispensar a los candidatos y licitadores de la obligación de presentar la totalidad o parte de las pruebas documentales exigidas en caso de que tales pruebas hayan sido ya presentadas poco tiempo antes en relación con otro procedimiento de contratación y siempre que los documentos pertinentes se hayan expedido con una antelación determinada y razonable y no hayan perdido su validez⁸⁵. En tales casos, podría invitarse al candidato, licitador o solicitante a declarar por su honor que las pruebas documentales se han aportado ya con motivo de un procedimiento de contratación anterior que habrá de especificarse y a confirmar que la situación permanece invariable.

Y para este objetivo de simplificación parece oportuno diseñar también una tramitación simplificada para contratos de umbrales no comunitarios sin interés trasfronterizo. Simplificación y uniformidad de regímenes con independencia de su carácter o no de Administración pública, pues como destaca F. BLANCO LÓPEZ lo que urge es encontrar un escenario común para todo poder adjudicador, simple, sencillo, eficiente y garante tanto de los principios constitucionales como de los específicos principios de la contratación pública que derivan del TFUE⁸⁶.

84. *Vid.*, en particular, el artículo 44, apartados 3 y 4, de la Directiva 2004/18/CE.

85. A tal efecto debe recordarse que, de una parte, la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, reconoce el derecho de los ciudadanos a no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante (Cfr. art. 35.f), y que la Ley 11/2007 de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, establece el derecho a no aportar los datos y documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas (Cfr. art. 6.2.b).

86. F. BLANCO LÓPEZ, «Procedimientos de adjudicación de los contratos en la LCSP», en libro col. *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2009 p. 185.

A tal fin, por su propia naturaleza, debe incorporarse un procedimiento abierto simplificado, con plazos breves y poca carga documental podrá ser utilizados por cualquiera de los poderes adjudicadores a los que se les aplicará la Ley, con independencia de su consideración o no de Administración Pública (este dato es sólo relevante a efectos de que el régimen del contrato sea o no administrativo), y deberá servir como mecanismo de sustitución al «peligroso» contrato menor, mecanismo de escape a las reglas de concurrencia en tanto no se trate de auténticos gastos menores. Propuesta que se acaba de incorporar a la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, regulándose en su artículo 10 una tramitación simplificada⁸⁷.

En resumen, debería optarse por la simplificación de los trámites posibilitando una más rápida adjudicación y, por ende, efectiva satisfacción de la prestación que se necesita⁸⁸.

h) Proporcionalidad de criterios de capacidad y tiempo suficiente para preparar las ofertas.

Las Directivas comunitarias sobre contratación pública confirman expresamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, conforme a la cual los criterios de capacidad económica y financiera y de capacidad técnica deben estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato. La aplicación de criterios de selección proporcionados reviste una importancia capital para las PYMEs, dado que la fijación de niveles de capacidad excesivamente elevados por parte de los poderes adjudicadores excluye de hecho a gran parte de esas empresas de la participación en procedimientos de licitación. Es preciso decidir qué criterios son los adecuados en relación con el tipo de compra considerada y con el valor de la misma. Todos los criterios de selección han de ser claros, no discriminatorios y proporcionados al contrato de que se trate.

87. Una valoración positiva de este «procedimiento abierto simplificado», como mecanismo para eludir la utilización indebida del procedimiento negociado puede verse en el trabajo de F. BLANCO LÓPEZ, «El procedimiento negociado de adjudicación de los contratos administrativos. La negociación como elemento esencial y configurador del procedimiento», *Revista Contratación Administrativa Práctica* nº 111, 2011, pp. 34-41. Por el contrario, crítico con esta tramitación *vid.* A. SERRANO PASCUAL, «La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratación del sector público de Aragón, o cómo no se debe legislar», *El Consultor de los Ayuntamientos*, Rev. 12/2011, 1539.

88. También A. SANMARTÍN MORA defiende la necesidad de simplificación del marco de la contratación pública. «Las competencias en materia de contratación pública en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007: una oportunidad para desarrollar políticas propias», en libro colectivo *Estatuto de Autonomía de Aragón 2007. Políticas públicas ante el nuevo marco estatutario*. Zaragoza, 2010 p. 419.

Por lo que respecta a la capacidad técnica y profesional, el poder adjudicador debe optar por criterios de selección que le permitan determinar si un licitador posee la capacidad necesaria para la ejecución del contrato considerado, en lugar de valorar la capacidad general de los licitadores⁸⁹.

En esta línea, deberían exigirse únicamente garantías financieras proporcionadas. La exigencia, por los poderes adjudicadores, de garantías financieras desproporcionadas (p. ej., garantías bancarias que cubran los riesgos conexos al procedimiento de adjudicación y a la ejecución del contrato, incluso aquéllos que estén fuera del control de la empresa) representa un obstáculo para la participación de las PYMEs en la contratación pública.

Por otra parte, debería evitarse la retención prolongada e injustificada de los recursos (p. ej., garantía de participación) de los operadores económicos y alentarse una reducción de las garantías financieras en función de la ejecución del contrato. Asimismo, los poderes adjudicadores podrían estudiar la posibilidad de no exigir garantías financieras de manera automática, sino sólo a partir de consideraciones relacionadas con la evaluación del riesgo.

Por lo general, las PYMEs disponen de escasa o nula capacidad administrativa específica para ocuparse de la preparación del expediente de licitación. Los poderes adjudicadores deben ser conscientes de esta circunstancia al fijar los plazos, de manera que puedan favorecer la mayor competencia posible. Las Directivas sobre contratación pública ofrecen la posibilidad de publicar, con carácter facultativo, anuncios de información previa a fin de permitir a los licitadores potenciales prepararse para presentar ofertas oportunamente en relación con los contratos anunciados. Esta posibilidad reviste particular importancia en el caso de contratos complejos y de gran envergadura, ya que la localización de socios con los que las PYMEs puedan presentar ofertas conjuntas puede requerir cierto tiempo.

89. En los procedimientos de adjudicación de contratos aplicados en Francia, el mero hecho de que un candidato o un licitador no pueda aportar pruebas de haber ejecutado contratos del mismo tipo no puede constituir un motivo de eliminación de dicho candidato o licitador, ni exime al poder adjudicador de comprobar su capacidad profesional, técnica y financiera. El gobierno británico recomienda a los poderes adjudicadores que, en relación con contratos de reducido valor, exijan únicamente las cuentas correspondientes a dos ejercicios o, si no se dispone de tales cuentas por razones objetivas (p.ej., empresa de nueva creación, etc.), otra información apropiada, como, por ejemplo, cuentas de gestión.

De otra parte, la utilización de formularios y certificados normalizados sucintos y sencillos puede favorecer la pronta presentación de la información pertinente a los poderes adjudicadores por parte de las PYMEs. O al menos unificar los cuadros resumen de los contratos.

i) Favorecer las soluciones cualitativas gracias a la posibilidad de adjudicar contratos sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa.

Las Directivas sobre contratación pública ofrecen la posibilidad de adjudicar contratos sobre la base, bien del precio más bajo, bien de la oferta económicamente más ventajosa. Esta última opción permite a los poderes adjudicadores tomar en consideración diversos elementos en relación con el objeto del contrato, tales como la calidad, el valor técnico, las características funcionales, los costes de utilización, la rentabilidad, el servicio postventa y la asistencia técnica, etc.⁹⁰. Entre las novedades a incluir de forma más clara estaría la posibilidad de valorar aspectos ambientales o de calidad vinculados a la prestación del contrato, conforme a la interpretación dada por la jurisprudencia comunitaria. De este modo, los poderes adjudicadores pueden evaluar no sólo los costes directos de una adquisición, sino asimismo los costes de su ciclo de vida. Se incentiva así a los operadores económicos a ofrecer al poder adjudicador auténtico valor añadido y se estimula la innovación, al fomentarse el desarrollo de productos sostenibles y mejores. Es éste un aspecto particularmente importante para el sector de las PYMEs, que representa una fuente de innovaciones y de importantes actividades de I+D.

Asimismo, las Directivas sobre contratación pública ofrecen distintas posibilidades para conjugar la I+D con la contratación pública. Concretamente, los poderes adjudicadores pueden adjudicar contratos públicos de suministro mediante procedimiento negociado, sin publicación previa de anuncio de licitación en el Diario Oficial de la UE, cuando los productos considerados se fabriquen exclusivamente con fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo.

j) Ampliación de los supuestos que permiten la utilización de las subastas electrónicas.

Un aspecto relevante es el relativo al de la incorporación de las TICs a la contratación pública y su efecto en el entorno PYMEs. En la regula-

90. El elemento común a todos los criterios de evaluación de las ofertas es que han de referirse, a la naturaleza de los trabajos que se van a realizar o la forma en que se harán.

ción debe advertirse claramente la diferencia entre medios electrónicos y procedimientos electrónicos, desarrollando las dos nuevas modalidades que recoge la LCSP: el sistema dinámico de contratación y la adquisición electrónica (subasta electrónica).

En cuanto a las subastas electrónicas, debería estudiarse la posibilidad de ampliar su ámbito de utilización, especialmente en el caso de los procedimientos negociados y el procedimiento abreviado que se propone. La actual configuración de la subasta electrónica, fruto de una transposición de las Directivas limitada a copiar literalmente lo dispuesto en aquéllas no contempla la posibilidad de utilizar la subasta electrónica en los procedimientos negociados por razón de la cuantía, ámbito en el que la utilización de este procedimiento de adjudicación podría reportar numerosas ventajas en cuanto a tiempo de tramitación del procedimiento, y reducción de costes de tramitación y de la prestación contratada.

También conviene regular –por norma reglamentaria– la utilización de formularios electrónicos normalizados que deben ser rellenados una única vez, la entrega electrónica de la licitación, la firma en línea del contrato y facturación electrónica.

k) Mecanismos «rápidos y eficaces» de control que doten de fiabilidad al sistema.

En todo caso, 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, como bien sugiere BAÑO LEÓN⁹¹– o mediante «arbitrajes administrativos»⁹². Sin esta previsión las concretas medidas se convertirán en pura utopía permitiendo la apertura cuando menos de peligrosos portillos a las corruptelas ineficientes.

Así, debe extenderse la utilización del arbitraje y no limitarse para los contratos de entidades del Sector público no administración pública sino para cualquier poder adjudicador.

La configuración del mismo aconseja un carácter obligatorio –y preclusivo– con independencia de si el acto agota o no la vía administrativa

91. J. M. BAÑO LEÓN, «Jurisdicción y recursos», *Diccionario Contratación Pública* (Dir. J. BERMEJO), Iustel, Madrid, p. 390.

92. Así se recoge ahora en Aragón en el artículo 22 de la Ley 3/2011, de medidas de Contratos del Sector Público de Aragón.

y para todas las Administraciones Públicas, poderes públicos y sujetos privados sometidos a control, a fin de ser un auténtico filtro de legalidad, incluso de oportunidad, que evite el acceso posterior a los Tribunales. Y debe serlo para todo contrato al margen de su concreto importe. Obviamente, el control será pleno de tal manera que, salvo en el excepcional caso de decisiones políticas (de difícil justificación en este campo) se tratará de un control sin límites conforme a las tradicionales técnicas de fiscalización del ejercicio de potestades discrecionales, pudiendo revocar todas aquellas adjudicaciones o medidas previas que no sean razonables o racionales⁹³. Además, en dicho control jugarán especial importancia, a parte de los principios generales de Derecho comunes a toda actuación administrativa (igualdad, proporcionalidad, racionalidad, eficiencia de fondos públicos, buena administración, etc.) los más específicos de justicia y eficiencia y economía en el gasto público; y el principio o la regla de libertad de empresa y libre competencia⁹⁴.

1) Implantación de un Observatorio de la contratación pública.

Aunque pueda parecer una figura un tanto «ociosa» la creación de un centro de información integrado en una entidad de ámbito más amplio, un Observatorio de la contratación pública, puede ser una herramienta útil en tanto tenga por función prestar asistencia personalizada a las PYMEs tanto en información como en acceso a la formación y novedades legislativas⁹⁵. Aparte del servicio especializado de atención a PYMEs (nunca como organismo de «consultoría» o asistencia técnica para las concretas licitaciones), en el seno de este Observatorio de la

93. Esta ineludible función fiscalizadora de la actuación administrativa en el ejercicio de potestades discrecionales se convierte en garantía esencial en un Estado de Derecho, en cuanto permite evitar los supuestos de arbitrariedad, y contribuye también «a administrar mejor», porque al exigir una justificación cumplida de las soluciones en cada caso exigida a la Administración obliga a ésta a analizar con más cuidado las distintas alternativas disponibles valorando de forma más objetiva (evitando improvisaciones y arbitrariedades) ventajas e inconvenientes a la hora de actuar. Se trata, en definitiva, de controlar el ejercicio de cualquier potestad discrecional (muy abundantes en los supuestos de contratación pública) pudiendo revisarse un acto basado en la misma si considera que el mismo carece de racionalidad o razonabilidad. *Vid.*, por todos, T. R. FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1994.

94. Un ejemplo de esto lo tenemos en el interesante artículo 21 de la Ley Foral de Contratos Públicos de 2006. A su vez, en este mismo sentido, juega un importante papel el análisis económico del Derecho en cuanto nos debe permitir analizar el contenido de las resoluciones y disposiciones administrativas en función de las concretas consecuencias socioeconómicas que producen sobre la sociedad.

95. Dicha figura ya existe, por ejemplo, en Francia:
http://www.minefe.gouv.fr/directions_services/daj/oeap/index.htm

contratación pública podría integrarse un grupo de trabajo que, a modo de *think tank*, analizara periódicamente las medidas puestas en marcha para favorecer el acceso de las PYMEs a los contratos públicos, las evaluara, y elaborara propuestas para su mejora continua.

A nivel europeo, las PYMEs pueden recurrir, con facilidad, al asesoramiento y la asistencia de los integrantes de la red Enterprise Europe Network (EEN)⁹⁶. La EEN ayuda a encontrar socios comerciales, permite participar en redes de innovación y aporta información sobre posibilidades de financiación.

Desde este Observatorio de la contratación pública podrían impulsarse distintos programas de formación sobre el Derecho de la contratación pública, dirigidos tanto a las entidades adjudicadoras como a las PYMEs. Este Observatorio bien podría residenciarse funcionalmente en el Ministerio de Industria Turismo y Comercio.

En la actualidad se ha constituido ya el *Observatorio de Contratación Pública* (www.obcp.es) que es un lugar de encuentro para los profesionales de la materia desde el que proceder al debate y análisis de las novedades introducidas en su ordenación jurídica, así como para la realización de nuevas propuestas de actuación para la modernización de la contratación pública y materializar en la misma los principios de eficiencia, integridad y buena administración⁹⁷.

96. http://www.enterprise-europe-network.ec.europa.eu/index_en.htm

97. Esta iniciativa surge como resultado del Proyecto de investigación concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación para el período 2009-2011 sobre «Nuevos escenarios de la contratación pública: Urbanismo, contratación electrónica y cooperación intersubjetiva», con la colaboración de la multinacional EVERIS (IP: José María Gimeno Feliú). Y se pretende integrar al mayor número de expertos de la contratación pública –profesionales y académicos– comprometidos con el objetivo de implantar una nueva cultura de la contratación pública. En definitiva, el Observatorio pretende, con la participación de una red de expertos nacionales, convertirse en un laboratorio de ideas sobre la contratación pública, con el objetivo de elaborar propuestas de mejora de la actividad contractual del sector público, desde el convencimiento de que es necesario plantear algunas reformas para ponerla en valor como instrumento para un mejor desarrollo de las políticas públicas. El *Observatorio de Contratación Pública* es una iniciativa que carece de ánimo de lucro, y por supuesto, independiente en sus planteamientos y conclusiones que plantea, entre otros retos, estudiar y proponer las medidas necesarias para: a) Impulsar la transparencia, la concurrencia y la integridad en nuestro sistema de contratación pública; b) Mejorar su eficiencia, tanto desde la perspectiva de las administraciones públicas como de los operadores económicos; c) Facilitar el acceso de las PYMES al mercado público; d) Fomentar políticas de I+D+I a través de la contratación pública; e) Promover la participación de la empresa española en el mercado internacional de contratos públicos y f) Favorecer la cooperación y colaboración interadministrativa y público-privada en la contratación pública.

m) Formación de las PYMEs en Derecho de la contratación pública.

La mayor parte de las PYMEs carecen de Departamentos jurídicos o Áreas de contratación propias y desconocen la práctica de la tramitación de los procedimientos, lo cual les lleva a cometer algunos errores, fácilmente evitables, que determinan, en ocasiones, la exclusión de sus ofertas (proposiciones económicas que no vienen firmadas, proposiciones económicas que se presentan en sobre transparentes, desapareciendo el secreto de sus proposiciones, proposiciones económicas que se incluyen en el sobre de documentación administrativa, etc...). Igualmente, debe reforzarse la formación y orientación de los poderes adjudicadores en Derecho de la contratación pública.

La falta de información suficiente, pertinente y clara dificulta la comprensión de las necesidades del poder adjudicador y la formulación de una oferta adecuada⁹⁸. A subsanar esta situación debe estar enfocada la formación y orientación de los poderes / las entidades adjudicadoras, con especial atención a la situación de las PYMEs y a la configuración de un procedimiento de adjudicación que permita la participación de las PYMEs en pie de igualdad con las grandes empresas. Hay un cierto margen para potenciar la participación de las PYMEs en los procedimientos de adjudicación de contratos si se mejora la profesionalidad en la contratación pública⁹⁹.

Todas estas medidas deben formar parte del nuevo Código de los Contratos Públicos en España con la filosofía de garantizar el derecho a

98. En Austria, la central de compras ha instaurado un «centro de competencia en materia de contratación pública» encargado de prestar asistencia a los poderes adjudicadores a la hora de preparar los concursos.

99. En 2005, en Irlanda, se promovió un marco estratégico y profesional de la función de contratación pública (national public procurement policy Framework). Ello exigía dotar a los poderes adjudicadores de la capacidad y competencia necesarias para lo cual se puso en marcha un curso de postgrado MBS en «strategic procurement», en la Dublin City University Business School, que dio comienzo en septiembre de 2006. Por otra parte, el Institute of public administration, organismo público de educación y formación, ha creado un nuevo título, el «certificate in strategic Procurement». En 2005/2006, 60 funcionarios de 40 organismos siguieron cursos de formación sobre planificación de contratos empresariales.

En los Países Bajos, el Ministerio de Economía ha creado una agencia especializada, PIANOo, con el objeto de fomentar una mayor profesionalización de los poderes públicos por lo que respecta a la contratación. La agencia gestiona una página web (http://www.piano.nl/Site_gerateerd/Menu_rechtsboven/English) con información útil y actualizada sobre normativa y práctica en materia de contratación pública, facilita el intercambio de buenas prácticas Entre poderes adjudicadores y organiza con regularidad seminarios destinados a estos últimos.

1. LA NECESIDAD DE UN CÓDIGO DE CONTRATOS PÚBLICOS...

una buena administración de los recursos público y de utilización de éstos como herramienta de reactivación económica para fomentar la consolidación y desarrollo del tejido productivo de las PYMES y contribuir a un nuevo modelo económico. Estas medidas, en tanto permitan una optimización de los recursos públicos permitirán economía de escalas lo que se traducirá en un ajuste del déficit en los términos comparativos del PIB.

Repercusiones de la crisis económica sobre la contratación pública

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. CRISIS ECONÓMICA Y CONTRATOS PÚBLICOS. 1. *Primera etapa: la inyección de fondos públicos. Los fondos estatales de inversión local.* 2. *Segunda (y actual) etapa: la reducción del gasto público.* II. LA LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. LA LEY 15/2010 Y LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL REAL DECRETO-LEY 4/2012 PARA LA FINANCIACIÓN DEL PAGO DE LAS DEUDAS A LOS PROVEEDORES DE LAS ENTIDADES LOCALES. III. LA LIMITACIÓN DE LOS MODIFICADOS CONTRACTUALES. IV. LAS RECIENTES REFORMAS RELATIVAS A LA SUBCONTRATACIÓN. V. LA INSUFICIENTE UTILIZACIÓN DE MEDIOS ELECTRÓNICOS, INFORMÁTICOS Y TELEMÁTICOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ESPAÑOLAS. VI. LA INSEGURIDAD JURÍDICA RESULTANTE DE LAS CONSTANTES REFORMAS DE LA LEGISLACIÓN CONTRACTUAL. LAS PRÓXIMAS REFORMAS DEL DERECHO EUROPEO Y NACIONAL.

I. INTRODUCCIÓN. CRISIS ECONÓMICA Y CONTRATOS PÚBLICOS

En un contexto de fuerte crisis económica como la que se vive a nivel global desde 2008, las distintas Administraciones estatales, regionales y locales están utilizando la compra pública, especialmente los contratos de obras, como una de las vías claves para reactivar la economía¹⁰⁰.

100. Vid. GIMENO FELIÚ, J. M., «Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica», *El Cronista del Estado 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), pp. 2 y ss.

La contratación pública, como instrumento privilegiado de intervención en la vida económica, política y social, se ha convertido de esta forma en un sector clave del nuevo Derecho público de la crisis económica acuñado por el profesor EMBID IRUJO¹⁰¹.

El impacto de la crisis económica ha afectado a la inversión y el gasto público, lo que ha tenido consecuencias inmediatas para la contratación pública, pero no se ha detenido ahí, sino que ha ido mucho más allá provocando efectos en todo el proceso de compras públicas, desde el inicio del expediente de contratación, al desarrollo de los procedimientos y la ejecución y muy especialmente el pago de los contratos, como podremos comprobar a continuación.

Este período de crisis ha puesto de manifiesto la relevancia en lo que afecta a la contratación pública de garantizar los principios de eficacia y eficiencia, que ya recogió el artículo 1 de la LCSP y que ha venido a resaltar el nuevo apartado 2 del artículo 22 del TRLCSP (que introdujo el artículo 37.1 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible)¹⁰², al disponer que los «entes, organismos y entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la innovación y la incorporación de alta tecnología como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley»¹⁰³.

1. PRIMERA ETAPA: LA INYECCIÓN DE FONDOS PÚBLICOS. LOS FONDOS ESTATALES DE INVERSIÓN LOCAL

Entre las primeras medidas adoptadas en España para luchar frente a la crisis económica el Gobierno central aprobó el Real Decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre, que creó un Fondo Estatal de Inversión Local

101. EMBID IRUJO, «El derecho público de la crisis económica», ponencia presentada al VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Palma de Mallorca, 11 y 12 de febrero de 2011, p. 118. Disponible en <http://www.aepda.es/EscapeRateFamilia.aspx?id=71-Actividades-Congresos-de-la-AEPDA.aspx>, fecha de consulta 29 de octubre de 2011.

102. Vid. al respecto GIMENO FELIÚ, J. M., «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 n° 147, 2010, pp. 517 y ss.

103. La importancia del principio de eficiencia ha sido resaltada por 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).

y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo, que conllevaron asimismo la aprobación de créditos extraordinarios por un total de 11.000 millones de euros con cargo al Presupuesto de 2008, de los cuales 8.000 millones correspondieron al primero de estos fondos y los restantes 3.000 millones al segundo. Ambos fondos se financiaron con Deuda Pública.

La justificación de la adopción del RDley y su incidencia con carácter global en el conjunto del territorio, obedecieron en palabras de la exposición de motivos de la norma «a la necesidad de actuar con la máxima celeridad, y bajo una pauta común, frente al rápido debilitamiento general de las condiciones económicas. La mala evolución de la demanda agregada, junto con el mal comportamiento de la tasa de desempleo en las circunstancias extraordinarias actuales, determinan, pues, la necesidad de adoptar de manera urgente las medidas que se aprueban en el presente Decreto-ley».

Con esta medida, el Gobierno central trató de favorecer aquellas inversiones que contribuyesen a dinamizar a corto plazo la actividad económica, incidiendo directamente en la creación de empleo, al tiempo que reforzar la capitalización de los municipios. De este modo, la financiación prevista en este fondo extraordinario se dirigió hacia proyectos que conllevasen mejoras en las dotaciones municipales de infraestructuras, tanto productivas como de utilidad social.

Con posterioridad, el Consejo de Ministros del 23 de octubre de 2009 aprobó el Real Decreto Ley por el que se crea el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local (Real Decreto-ley 13/2009, de 26 de octubre, publicado en el BOE 259, de 27 de octubre), dando continuidad al Fondo Estatal de Inversión Local aprobado por medio del Real Decreto-ley 9/2008 aunque rebajando su cuantía desde los 8.000 a los 5.000 millones de euros. El nuevo Fondo se enmarcó dentro del conjunto de medidas del Gobierno dirigidas a impulsar la recuperación económica y la creación de empleo, así como para encauzar el modelo económico español hacia un patrón de mayor sostenibilidad.

El plan financió proyectos municipales de desarrollo sostenible relacionados con el medio ambiente, la innovación económica y las iniciativas sociales. Una de sus principales novedades consistió en que los entes locales pudieron destinar hasta un 20 por 100 de los recursos al equipamiento de los edificios o instalaciones financiados con cargo al Fondo, que también cubrió los contratos de redacción del proyecto y de dirección de las obras. De igual modo, se estableció la posibilidad de adquisi-

ción de equipos y sistemas de información y telecomunicaciones, así como los programas necesarios para su funcionamiento. Además, un 0,2 por 100 del total del fondo se podía destinar a gastos de gestión.

Pero los fondos no tuvieron en general los efectos deseados sobre el empleo y la actividad económica, y plantearon además otros problemas como la utilización excesiva de los contratos menores o los procedimientos negociados sin publicidad, el fraccionamiento de los contratos ya que las actuaciones a realizar por los Ayuntamientos no podían superar los cinco millones de euros o el recurso a criterios de adjudicación no objetivos¹⁰⁴.

Con posterioridad a estos fondos locales, 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 hubiesen solicitado la declaración de concurso de acreedores voluntario y que éste hubiese adquirido eficacia en un convenio¹⁰⁵. Así, se modificó la prohibición para contratar estableciendo como causa «haber solicitado la declaración de concurso voluntario» (60.1.b) del TRLCSP)¹⁰⁶. Además, como novedad, se permitió 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 facilitó la cesión del contrato, aunque el cedente no tenga ejecutado al menos el 20 por ciento de su importe, si éste hubiera solicitado la declaración de concurso voluntario (se modificó en este punto el artículo 226.2.b) del TRLCSP).

Por su parte, el Real Decreto-ley 5/2010, de 31 de marzo, por el que

104. Vid. en general sobre los fondos de inversión local el trabajo de PORTA PEGO, B., «Algunas consideraciones en torno al Fondo Estatal de Inversión Local», en RUIZ OJEDA, A. (coordinador), *El Gobierno local. Estudios en homenaje al profesor Luis Morell Ocaña*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 931 y ss.

105. Vid. 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*, n° 101 (2010), p. 36.

106. Acerca de esta prohibición de contratar vid. SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «Efectos de la Ley Concursal en el ámbito de los contratos de las Administraciones Públicas», *Contratación Administrativa Práctica*, n° 25, 2003, p. 64.

se prorrogó 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 amplió 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 meses¹⁰⁷.

2. SEGUNDA (Y ACTUAL) ETAPA: LA REDUCCIÓN DEL GASTO PÚBLICO

Con el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adop-

107. La urgencia que habilita a la aprobación del RDley se motivó 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».

tan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, se inicia por el Gobierno español, sin duda impulsado por la Unión Europea, una etapa radicalmente distinta a la anterior y en la que actualmente seguimos inmersos. Se trata de reducir al máximo el gasto público para intentar a su vez una reducción de la deuda de las distintas Administraciones públicas españolas.

La fuerte merma de inversiones dio lugar a la paralización de numerosos contratos de obras públicas e, incluso, a la resolución de distintos de ellos.

El Real Decreto-ley 8/2010 previó 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 reservó 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 ahora en el TRLCSP, 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 134 del TRLCSP.

El Real Decreto-ley 8/2010 añadió además una nueva disposición adicional a la LCSP, nada menos que ya la 34 (que ha pasado a ser la 28 del TRLCSP), 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 206 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 196 TRLCSP, 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.

II. LA LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. LA LEY 15/2010 Y LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL REAL DECRETO-LEY 4/2012 PARA LA FINANCIACIÓN DEL PAGO DE LAS DEUDAS A LOS PROVEEDORES DE LAS ENTIDADES LOCALES

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 comerciales¹⁰⁸, reformó la LCSP en un aspecto de gran trascendencia para las empresas contratistas.

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 suprimió 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.

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 locales¹⁰⁹.

El artículo tercero de la Ley 15/2010 procedió a modificar la LCSP. En primer lugar, estableció que el apartado 4 del artículo 200 de la LCSP (actual art. 216 del TRLCSP) 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 222.4, 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

108. 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.

109. Vid. PUNZÓN MORALEDA, J. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F., «Comentarios a las modificaciones introducidas por la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley de morosidad, y su afectación a la LCSP», en *Contratación Administrativa Práctica*, n° 106, marzo, 2011, pp. 72 a 80; BERNAL BLAY, M. A., «Responsabilidades por mora en el pago de operaciones contractuales», en *Actualidad jurídica Aranzadi*, n° 814, 2011, p. 10 y 11; y DEL SAZ, S., «La incidencia de las medidas de lucha contra la morosidad en los pagos del Sector Público», en *Revista General de Derecho Administrativo*, n° 25, 2010, pp. 8 y 9 [documento en línea] Disponible desde Internet en: www.iustel.com [acceso el 20 de enero de 2012].

2. REPERCUSIONES DE LA CRISIS ECONÓMICA...

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 añadió un nuevo artículo 200 bis a la LCSP (que ha pasado a ser el artículo 217 del TRLCSP) con la siguiente redacción:

«Procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones Públicas.

Transcurrido el plazo a que se refiere el artículo 216.4 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 corresponde 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 añadió una nueva disposición transitoria octava a la LCSP (transitoria sexta del TRLCSP) estableciendo los plazos a los que se refiere el artículo 216 de la Ley.

En este sentido, se establece que el plazo de treinta días a que se refiere el apartado 4 del artículo 216 del TRLCSP, 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 216 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 216 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 216 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.

La Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero, tras reconocer en su exposición de motivos que la morosidad «influye negativamente en la liquidez de las empresas, complica su gestión financiera y afecta a su competitividad y rentabilidad», incrementa el interés legal de demora (que en el momento de su transposición habrá de serlo igual a la suma del «tipo de referencia» y «...al menos ocho puntos...» porcentuales)¹¹⁰

110. A efectos de la Directiva 2011/7, el «tipo de referencia», tendrán cualquiera de los significados siguientes: *a)* respecto a los Estados miembros cuya divisa es el euro, el tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a sus operaciones principales de refinanciación más recientes, o bien 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; y *b)* respecto a los Estados miembros cuya divisa no es el euro, el tipo equivalente establecido por sus bancos centrales nacionales.

e identifica, en lo que a los poderes públicos se refiere, este término con en el de «poder adjudicador».

Más recientemente, el Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales, intenta hacer frente a los retrasos acumulados en el pago de las obligaciones que las Entidades locales han contraído con sus proveedores, con la consiguiente incidencia negativa en la liquidez de las empresas.

La norma reconoce el fracaso de medidas anteriores de endeudamiento, de avales y créditos del Instituto de Crédito Oficial adoptadas por medio del Real Decreto-ley 5/2009, de 24 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes para facilitar a las entidades locales el saneamiento de deudas pendientes de pago con empresas y autónomos y del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.

Por ello, se establece ahora un mecanismo ágil de pago y cancelación de deudas con proveedores de entidades locales y de su financiación. Esto permitirá de acuerdo con la exposición de motivos del RDley 4/2012 suministrar liquidez a las empresas, apoyar financieramente a las entidades locales afrontando el pago a largo plazo de sus deudas, complementado con la debida condicionalidad fiscal y financiera.

Podrán acogerse al mencionado mecanismo los proveedores que tengan obligaciones pendientes de pago con entidades locales o cualquiera de sus organismos y entidades dependientes. Además esas obligaciones pendientes de pago deben reunir varios requisitos concurrentes: ser vencidas, líquidas y exigibles; anteriores a 1 de enero de 2012 y que se trate de contratos incluidos en el ámbito de aplicación del TRLCSP.

Pero el buen funcionamiento del mecanismo requiere de una información financiera fiable se establecen obligaciones de información a cargo de las entidades locales y el procedimiento para su cumplimiento, que se inician mediante un instrumento de remisión de información, certificada por parte de las entidades locales al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, que permitirá identificar el volumen real de deuda con sus proveedores. A partir de ese momento, las entidades

locales podrán bien satisfacer sus deudas o bien acudir a una operación financiera.

Este mecanismo de financiación lleva aparejada una operación de endeudamiento a largo plazo y la obligación por parte de las entidades locales de aprobar un plan de ajuste, que debe responder a unos criterios básicos al objeto de garantizar la sostenibilidad financiera de la operación. Este plan de ajuste deberá ser valorado favorablemente por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para que quede autorizada la concertación de la operación de endeudamiento.

La concreción de las condiciones del mecanismo de financiación se determinará por un Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

De esta forma, el artículo 3 recoge las obligaciones de suministro de información por parte de las entidades locales. Las entidades locales deberán remitir, por vía telemática y con firma electrónica, al órgano competente del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, con fecha límite el día 15 de marzo de 2012, una relación certificada de todas las obligaciones pendientes de pago que reúnan los requisitos establecidos en el artículo anterior y comprensiva de la siguiente información:

a) Identificación del contratista que incluirá el código o número de identificación fiscal, denominación social y su domicilio social.

b) Importe del principal de la obligación pendiente de pago, impuesto sobre el valor añadido o impuesto general indirecto canario incluido en su caso, sin inclusión de intereses, costas judiciales o cualesquiera otros gastos accesorios.

c) Fecha de entrada en el registro administrativo de la factura, factura rectificativa en su caso, o solicitud de pago equivalente anterior al 1 de enero de 2012.

d) Expresión de si se ha instado por el contratista la exigibilidad ante los Tribunales de Justicia antes de 1 de enero de 2012.

Asimismo, se reconoce la facultad de consulta de la información remitida por parte de los proveedores y se establece una obligación para las entidades locales de expedir certificaciones individuales a requerimiento de los proveedores para hacer valer sus derechos de cobro.

El artículo 7 establece el contenido del plan de ajuste que necesariamente deberán aprobar las entidades locales que pretendan concertar la operación de endeudamiento a largo plazo y, en definitiva, acogerse al

mecanismo de financiación que regula el Real Decreto-ley 4/2012. El mencionado plan deberá ser valorado por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, y, además, deberá ser la referencia ineludible para la elaboración de los presupuestos generales de las entidades locales en los ejercicios que se correspondan con el período de amortización de aquella operación de endeudamiento.

Los artículos 8 a 10 desarrollan las líneas generales y fundamentos del mecanismo de financiación, mientras que los artículos 11 y 12 recogen la garantía de la participación de las entidades locales en los tributos del Estado y la habilitación precisa para que, cuando proceda, se ejecute aquélla mediante la compensación de deudas a través de las retenciones que corresponda aplicar en las transferencias de aquel recurso financiero.

En fin, el mecanismo de financiación del Real Decreto-ley 4/2012 se excluye, en una disposición adicional única, del ámbito de aplicación de la disposición adicional única del texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre.

III. LA LIMITACIÓN DE LOS MODIFICADOS CONTRACTUALES

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible llevó a cabo diversas reformas de la LCSP, sobre todo mediante sus disposiciones adicionales decimosexta y quincuagésima quinta. Por su profundidad y alcance, hay que destacar como principal reforma la que la LES aprobó en relación con el régimen jurídico de las modificaciones de los contratos¹¹¹.

Se trata de una cuestión especialmente problemática por la tradicional excesiva utilización en España de los «modificados» en los contratos de obras públicas, que dieron lugar a que la Comisión dirigiera dictámenes motivados de infracción contra España y llegara a presentar un recurso de incumplimiento para exigir el respeto de la doctrina fijada en la materia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (la sentencia

111. Vid. GIMENO FELIÚ, J. M., «El régimen de la modificación de los contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 149 (2011), pp. 29 y ss. y VÁZQUEZ MATILLA, J., «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n° 37 (2010), pp. 3178 y ss.

clave al respecto es la de 29 de abril de 2004, dictada en el asunto C-496/99, *Succhi di Frutta SpA*).

La LES introdujo así un nuevo Título V en el Libro I de la LCSP (que se ha mantenido en la misma ubicación por el TRLCSP, si bien ahora los artículos van del 105 al 108), 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 ha sustituido el anterior artículo 202 de la LCSP por el artículo 92 bis –ahora 105 del TRLCSP–, 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 107. El artículo 105 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 106 TRLCSP, 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 107, 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 (artículo 88.1 del TRLCSP) 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.

IV. LAS RECIENTES REFORMAS RELATIVAS A LA SUBCONTRATACIÓN

La regulación de la subcontratación, contenida actualmente en el artículo 227 del TRLCSP, se ha visto recientemente modificada en diversos aspectos, sobre todo porque la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, previó que los órganos de contratación puedan imponer al contratista, advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos, la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 50 por ciento del importe del presupuesto del contrato (en el texto original del artículo 210.7 de la LCSP el porcentaje máximo era del 30 por ciento).

La infracción de las condiciones en que se permite la subcontratación (que esté o no prevista en los pliegos o en el anuncio de licitación, se condiciona a que el contratista no sólo comunique la intención de subcontratar una parte de la prestación, sino que justifique debidamente la aptitud y solvencia técnica del subcontratista, salvo que éste tuviera la clasificación adecuada) puede dar lugar a la imposición de penalidades al contratista hasta de un 50 por 100 del importe del subcontrato.

Hay que recordar que, aparte estas importantes novedades, el resto del art. 227 TRLCSP recoge lo que disponía el art. 115 del TRLCAP, mientras que el art. 228, sobre pagos a subcontratistas y suministradores recoge lo dispuesto en el anterior art. 116, aunque con algunos cambios, el más importante de los cuales es que, por regla general, los plazos de pago a los subcontratistas no podrán ser diferentes a los establecidos en la Ley (art. 216.4) para las relaciones entre la Administración y el contratista, y sólo pueden pactarse plazos superiores si dicho pacto no constituye una cláusula abusiva de acuerdo con los criterios del art. 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Pero la Ley 24/2011, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (que incorpora al ordenamiento jurídico español las normas de la Directiva de la Unión Europea 2009/81/CE, de 13 de julio, del Parlamento y el Consejo europeos sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad), vino a abordar el problema del impago a los subcontratistas por parte del contratista principal, recogiendo de modo expreso las disposiciones que ya contenía la LCSP, con objeto de dejar claro que también son de aplicación en este campo. Sin

embargo, ha matizado el contenido de las mismas excluyendo de forma expresa la acción directa del subcontratista frente al órgano de contratación para evitar las dudas suscitadas hasta este momento en la materia y obviar de este modo la posibilidad de que frente a la reclamación del subcontratista la Administración o el ente del sector público actuante tenga que tomar decisiones acerca de la procedencia del pago y de la cuantía del mismo, que corresponden más propiamente a la Jurisdicción ordinaria.

De esta forma, en el apartado 8 del artículo 227 del TRLCSP se establece que «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 restantes Administraciones Públicas».

V. LA INSUFICIENTE UTILIZACIÓN DE MEDIOS ELECTRÓNICOS, INFORMÁTICOS Y TELEMÁTICOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ESPAÑOLAS

Pese a que el TRLCSP optara por la máxima aplicación de la Directiva 2004/18 en lo que se refiere a la contratación electrónica, para la que la Directiva dejaba a la discrecionalidad de los países la incorporación o no de distintos procedimientos y trámites¹¹², muy poco uso están haciendo las Administraciones públicas en España de estos medios electrónicos en la contratación pública¹¹³.

Como destaca el Libro Verde de la Comisión Europea sobre la gene-

112. De una forma criticable y poco coherente con su pretendido impulso de la contratación electrónica, la Directiva 2004/18 no quiso imponer una adaptación forzosa de estos medios a los diversos sistemas nacionales, sino que dejó a los Estados miembros la posibilidad de que los poderes adjudicadores puedan recurrir a aquellas; sin perjuicio, claro es, de que una vez que se proceda a la incorporación deba hacerse en los términos definidos y regulados por la Directiva. Así lo expresa el considerando 16 de la Directiva 2004/18/CE: «Para tener en cuenta las diversidades existentes en los Estados miembros, conviene dejar a estos últimos la opción de prever la posibilidad de que los poderes adjudicadores recurran a acuerdos marco, a centrales de compras, a sistemas dinámicos de adquisición, a subastas electrónicas y al diálogo competitivo, según quedan definidos y regulados por la presente Directiva».

113. *Vid.* RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., «La Ley de Contratos...», *op. cit.*, p. 57.

realización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE (SEC 2010, 1214), Portugal es el primer país de los 27 miembros de la Unión Europea que ha establecido la obligatoriedad del uso de medios electrónicos para desarrollar todas las fases del proceso, incluida la adjudicación, en la mayoría de los contratos públicos. En concreto, esta obligación se estableció en el párrafo 1 del artículo 9 del Decreto-ley n° 18/2008, de 29 de enero, que aprobó el «Código dos Contratos Públicos» (Código de los Contratos Públicos, en adelante, CCP), con un horizonte temporal de un año después de la fecha de entrada en vigor de la norma, a partir de la cual las autoridades contratantes y los contratistas ya no podrían utilizar documentos de papel en las propuestas o solicitudes en los procedimientos de contratación pública. Sin embargo, este plazo se prorrogó por medio del Decreto-ley n° 223/2009, del 11 de septiembre, que fijó de plazo hasta el 31 de octubre de 2009. Por lo tanto, desde el 1 de noviembre de 2009, resulta obligatorio el uso de medios electrónicos para desarrollar todas las fases del proceso, incluida la adjudicación.

El servicio al ciudadano exige en nuestros días consagrar su derecho a comunicarse con las Administraciones por medios electrónicos, y el sector de las compras de bienes y servicios por las Administraciones públicas y sus organismos o entidades dependientes o vinculadas se muestra como especialmente indicado para el uso de las TIC¹¹⁴.

Pues bien, con una técnica legislativa y una sistemática poco acertada, la LCSP y ahora el TRLCSP remiten a dos disposiciones adicionales la regulación de los principales aspectos del uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos de contratación (adicionales 15 y 16 del TRLCSP). Estas reglas generales merecían formar parte del articulado de la norma y podrían haberse agrupado junto a otros preceptos de la Ley referidos al uso de medios telemáticos en algún capítulo específico, lo que podría haber facilitado al operador del TRLCSP su utilización y aplicación. A esta utilización de medios electrónicos tampoco ha ayudado el RPCSP aprobado por RD 817/2009, de 8 de mayo, que lleva a cabo una ejecución muy limitada de la LCSP sin aportar novedades resaltables en relación con la contratación electrónica.

Con el Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contrata-

114. *Vid.* la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 19 de noviembre de 2004: «Retos para la sociedad de la información europea con posterioridad a 2005» [COM (2004) 757 final].

ción pública electrónica en la Unión Europea (SEC 2010, 1214), la Comisión Europea pretende dar un nuevo impulso para aprovechar el potencial de las TIC a fin de lograr una contratación pública más eficaz en todo el mercado único, al tiempo que avanzar hacia una revisión coordinada y global del actual marco de contratación pública de la UE que inspirará propuestas para la reforma de la legislación de la UE.

La Agenda Digital para Europa¹¹⁵ también prevé la adopción de un Libro Blanco de la Comisión en el que se esbozarán las medidas que pretende adoptar para establecer una infraestructura de contratación pública electrónica interconectada.

Pero la realidad es que el grado de implantación efectiva de la contratación electrónica es muy débil y el fracaso de estas medidas ha sido evidente. La evaluación de la Comisión señala que menos del 5% del presupuesto total destinado a la contratación en los Estados miembros pioneros en la aplicación de este sistema se adjudica a través de medios electrónicos.

En el Libro Verde se recuerdan las grandes ventajas de una utilización más generalizada de la contratación electrónica. Entre ellas cabe destacar una mayor accesibilidad y transparencia (la contratación electrónica puede mejorar el acceso de las empresas a la contratación pública gracias a la automatización y centralización del flujo de información sobre las oportunidades de licitación concretas); ventajas en relación con los procedimientos concretos (frente a los sistemas basados en el soporte de papel, la contratación electrónica puede contribuir a que las entidades adjudicadoras y los operadores económicos reduzcan sus costes administrativos, y a que se agilicen los procedimientos de contratación, lo que en las actuales circunstancias económicas podría tener una acogida muy favorable ya que aumentaría al máximo el potencial que puede obtenerse a partir de recursos limitados); ventajas en cuanto al logro de una mayor eficacia en la gestión de la contratación (en los casos en que existan centrales de compras, el recurso a los procedimientos electrónicos podrá contribuir a la centralización de las tareas administrativas de contratación más onerosas y al logro de economías de escala en términos de gestión); y potencial de cara a la integración de los mercados de contratación en la UE (en un entorno caracterizado por la utilización del soporte de papel, la falta de información y los problemas asociados a la presentación de ofertas en relación con contratos que van a adjudicarse a cierta distancia del lugar de establecimiento

115. Documento COM 2010, 245.

de la propia empresa pueden limitar el número de proveedores que compitan en determinadas licitaciones o disuadirlos totalmente de participar en ellas. En potencia, la contratación electrónica tiene la ventaja de acortar esas distancias, salvar las deficiencias en materia de información y fomentar una mayor participación, mediante el incremento del número de posibles proveedores y la eventual ampliación de los mercados).

No cabe duda de que la contratación electrónica puede ayudar a obtener los insumos necesarios para los servicios públicos en unas condiciones ventajosas para el contribuyente en términos económicos. Las economías logradas de este modo son particularmente valiosas en el contexto actual, en el que se está ejerciendo una presión para la contención del gasto público.

Ahora bien, dichas ventajas tiene un coste, que puede afectar especialmente a las entidades locales. El logro de la competencia requerida para llevar a cabo la contratación por medios electrónicos exige inversiones a lo largo de toda la cadena de contratación a fin de desarrollar la capacidad necesaria y gestionar el paso de un sistema a otro. Los costes de mantenimiento varían entre varios miles y varios millones de euros, en función, lógicamente, del tamaño y la sofisticación del sistema¹¹⁶.

Sin embargo, el mayor obstáculo a la utilización de estos nuevos sistemas electrónicos consiste en la dificultad de estimular a las entidades adjudicadoras y a las comunidades de proveedores a servirse de ellos. Las iniciativas en materia de contratación electrónica que han tenido éxito incluyen, a menudo, un gran apoyo para la formación de las comunidades de usuarios, así como un esfuerzo continuado por parte de los promotores de la contratación electrónica para fomentar y desarrollar sus sistemas¹¹⁷.

VI. LA INSEGURIDAD JURÍDICA RESULTANTE DE LAS CONSTANTES REFORMAS DE LA LEGISLACIÓN CONTRACTUAL. LAS PRÓXIMAS REFORMAS DEL DERECHO EUROPEO Y NACIONAL

Pese a integrar un sector del ordenamiento jurídico-público esencial para el adecuado funcionamiento de las Administraciones públicas así

116. Vid. el sitio de Internet *www.epractice.eu*

117. Vid. DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J., *Claves para una contratación pública eficaz*, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Madrid, 2011, capítulos V y VI.

como para la eficaz prestación de servicios a los ciudadanos, la contratación pública ha sido sometida en los últimos años a un sinfín de reformas normativas, impulsadas unas –la mayoría– por el muy desarrollado Derecho de la Unión Europea en la materia y planteadas otras por el legislador y gobernante español, que ha tratado –sin mucho éxito– de simplificar y hacer más eficaz el procedimiento jurídico administrativo de contratación. La desmedida proliferación normativa en el sector¹¹⁸ ha ocasionado unas notables dificultades a todos los operadores jurídicos y económicos de los contratos públicos, que se han visto si cabe acrecentadas en el ámbito local¹¹⁹.

Hay que tener además en cuenta que no sólo la contratación pública constituye uno de los ámbitos medulares hoy de la actuación administrativa¹²⁰, sino que tiene además un gran significado económico y social en nuestras sociedades¹²¹.

El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el TRLCSP, ha venido a integrar y ordenar en un texto único las disposiciones aplicables a la contratación del sector público contenidas en la LCSP, con las sucesivas leyes que la han modificado; así como las normas sobre la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos contenidas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (los únicos preceptos de esta norma que seguían vigentes) y en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

-
118. Pocos ámbitos como el de la contratación pública ejemplifican la legislación «moto-
rizada» (GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes
desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999, p. 48) característica de los ordenamientos jurídi-
cos contemporáneos y especialmente de España en los últimos decenios.
119. Vid. al respecto RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., «La Ley de Contratos del Sector Público:
balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para los Entes locales», *RAP*
186 (2011), p. 56.
120. Vid. CARLÓN RUIZ, M., «La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su
carácter estructurante del ordenamiento jurídico», en AA VV, *Comentarios a la Ley de
Contratos de las Administraciones Públicas* (dirección GÓMEZ-FERRER MORANT), Civitas,
Madrid, 2004.
121. Según datos de la Comisión Europea, los contratos de las Administraciones públi-
cas suponen alrededor de un 19% del Producto Interior Bruto comunitario. Vid. el
informe y las estadísticas sobre la contratación pública elaborado por la Dirección
General del Mercado Interior de la UE, disponibles en:
http://ec.europa.eu/internal_market/en/publproc/general/index.htm, así como el docu-
mento «Public Procurement Indicators 2009», Comisión Europea (DG Mercado In-
terior), 11 de noviembre de 2010, [http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocure-
ment/docs/indicators2009_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2009_en.pdf). (fecha de consulta 5 de diciembre de 2011).

Sin embargo, mantiene como regulación separada la de 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 de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y la seguridad, mediante la cual se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2009/81/CE.

De esta forma, el TRLCSP ha procedido a ajustar la numeración de los artículos y, en consecuencia, las remisiones y concordancias entre ellos, circunstancia ésta que la norma ha aprovechado, al amparo de la delegación legislativa, para ajustar algunos errores padecidos en el texto original. Igualmente, se ha revisado la parte final de la LCSP, eliminando disposiciones e incluyendo otras.

El TRLCAP consta de 334 artículos distribuidos en 5 libros, por lo que se vuelve al mismo esquema del texto original de la LCSP, eliminando el Libro VI que introdujo la Ley 34/2010 para dedicarlo al «régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y los medios alternativos de resolución de conflictos», disposiciones que se llevan ahora al Libro I del texto refundido¹²². Asimismo, el TRLCSP incluye 31 disposiciones adicionales, 8 transitorias, 6 finales y 3 anexos.

La disposición final sexta del TRLCSP habilita al Gobierno para, en

122. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales no se mostró de acuerdo con la nueva ubicación dada al recurso especial en materia de contratación pues, «aceptado que no tenía justificación su mantenimiento al final del texto legal en un libro específico para ella (...), el lugar más adecuado para situarlo debió ser a continuación de los procedimientos de adjudicación», siguiendo de este modo la sistemática de la Ley 30/1992 y de las leyes de enjuiciamiento, toda vez que carece de sentido «regular los remedios contra la infracción de las normas de procedimiento antes que el procedimiento mismo».

La respuesta del órgano que elaboró el TRLCSP es que debía ponerse remedio, principalmente, a la mala localización sistemática de estas reglas en la LCSP (como parte del Libro V, relativo a la organización administrativa para la gestión de la contratación). Para ello servía cualquiera de los dos criterios sugeridos por este Consejo de Estado en el dictamen del Pleno al anteproyecto de la que sería Ley 34/2010 (número 499/2010, de 29 de abril), que aconsejó ubicar la regulación del objeto del recurso, del procedimiento y de otros aspectos del citado régimen especial «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 Ley».

En su dictamen sobre el Proyecto de TRLCSP, el Consejo de Estado concluye que «si bien el razonamiento del Tribunal tiene un sentido sistemático claro, tampoco cabe oponerse, como se ha dicho, a la opción de situar estas reglas dentro de las generales del Título I de la LCSP, concretamente cerrando el Capítulo V relativo a la regulación genérica del «régimen de invalidez» de los contratos públicos» (dictamen 1748/2011, de 2 de noviembre).

el ámbito de sus competencias, «dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y aplicación de lo establecido en esta Ley».

Desde la aprobación de la LCSP en octubre de 2007 está pendiente el desarrollo reglamentario de sus muchas previsiones que remiten expresamente o lo necesitan y además sin el cual no podrán aplicarse.

Bien es verdad que se aprobó el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo¹²³, pero sólo desarrolla de forma parcial la LCSP, de forma que tras su entrada en vigor resulta necesario aplicar en la materia, junto a la LCSP y ahora al TRLCSP, los preceptos vigentes del TRLCAP y las normas reglamentarias anteriores y posteriores al mismo (esto es, el RD 1098/2001 y el RD 817/2009, que fue a su vez reformado 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)»¹²⁴.

También la disposición final cuarta del TRLCSP autoriza al Ministro de Economía y Hacienda para aprobar, previo dictamen del Consejo de Estado, las normas de desarrollo de la disposición adicional decimosexta que puedan ser necesarias para hacer plenamente efectivo el uso de medios electrónicos, informáticos o telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley de Contratos.

Igualmente, el Ministro de Economía y Hacienda, mediante Orden, definirá las especificaciones técnicas de las comunicaciones de datos que

123. Que entró en vigor el 16 de junio de 2009, al mes de su publicación en el BOE.

124. 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.

deban efectuarse en cumplimiento del TRLCSP y establecerá los modelos que deban utilizarse.

El Consejo de Ministros, a propuesta de los Ministros de Economía y Hacienda y de Industria, Turismo y Comercio, adoptará las medidas necesarias para facilitar la emisión de facturas electrónicas por las personas y entidades que contraten con el sector público estatal, garantizando la gratuidad de los servicios de apoyo que se establezcan para las empresas cuya cifra de negocios en el año inmediatamente anterior y para el conjunto de sus actividades sea inferior al umbral que se fije en la Orden a que se refiere el párrafo anterior.

Por otra parte, si en los últimos meses han sido varias las normas autonómicas sobre contratación públicas, algunas de tanta relevancia como la Ley de Aragón 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público, el proceso continuará la medida que les corresponde regular no sólo el órgano competente para resolver el recurso especial, sino también para concretar los órganos competentes para adoptar decisiones sobre clasificación de las empresas y para decidir sobre su exención (artículos 65 y 68 TRLCSP); o para crear las importantes centrales de contratación y concretar el tipo de contratos y el ámbito subjetivo a que se extienden como prevé el artículo 204 del TRLCSP¹²⁵.

En cuanto al trascendente Derecho de la Unión Europea, se está en la actualidad tramitando una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a la contratación pública, COM(2011) 895 final, 2011/0439 (COD); una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, COM(2011) 897 final, 2011/0437 (COD); y una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión, SĒC(2011) 1588 final.

Con carácter previo, la Comisión lanzó 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»¹²⁶, enmar-

125. Como ha hecho el Decreto 294/2011, de 10 de noviembre de 2011, por el que se adoptan medidas y se establecen los órganos competentes para la racionalización técnica en materia de contratación para la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus organismos autónomos.

126. COM 2011, 15 final, de 27 de enero de 2011; cuyo texto completo puede encontrarse en la dirección http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/consultations/index_en.htm (fecha de consulta 15 de septiembre de 2011).

cado en la estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador¹²⁷.

El Libro Verde plantea la necesidad de modernizar las herramientas de la contratación pública a fin de hacerlas más adecuados para responder a la evolución del contexto político, social y económico. Propone el incremento de la eficiencia del gasto público (como señalamos anteriormente el artículo 22 del TRLCSP recoge ahora el principio de eficiencia en la contratación), lo que implica buscar los mejores resultados posibles de la contratación (la máxima rentabilidad de las inversiones) y generar la competencia más fuerte posible por los contratos públicos que se adjudican en el mercado interior.

Advierte el Libro Verde que se debe dar a los licitadores la oportunidad de competir en condiciones equitativas y deben evitarse los falseamientos de la competencia. Al mismo tiempo, considera 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 las pequeñas Administraciones públicas, podría ayudar a los compradores públicos a lograr los mejores resultados posibles de la contratación con la menor inversión posible, en términos de tiempo y de dinero público.

127. Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010, COM 2010, 2020.

II. NOVEDADES EN LA LEGISLACIÓN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Medidas adoptadas por las Comunidades Autónomas en materia de contratos públicos

ANA I. BELTRÁN GÓMEZ

Secretaria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón. Secretaria del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MEDIDAS QUE PRETENDEN INCREMENTAR EL CONTROL Y LA «SOSTENIBILIDAD» DE LAS FINANZAS PÚBLICAS. III. MEDIDAS TENDENTES A LA SIMPLIFICACIÓN Y LA EFICIENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. IV. MEDIDAS DESTINADAS A INTRODUCIR PREVISIONES EN MATERIA DE MODIFICACIONES DE CONTRATOS PÚBLICOS. 1. *Declaración de interés público.* 2. *Publicidad de los modificados.* 3. *Otras previsiones singulares de modificación de contratos.*

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo da continuidad al estudio de las medidas adoptadas por las Comunidades Autónomas en materia de contratos públicos, publicado en esta misma obra colectiva en 2010, en esta ocasión con un espacio temporal más amplio. En concreto, las medidas inscritas en el período comprendido entre febrero de 2011 y marzo de 2012, en el que tampoco en el ámbito autonómico las novedades normativas en la materia han dejado de producirse.

Siguen siendo medidas contenidas en normas legales que no comparten en la mayoría de las ocasiones su alcance; el mayor número de previsiones se incluyen en las Leyes anuales de Presupuestos, pero también las encontramos en las denominadas «leyes de medidas» o «leyes de acompañamiento», y en otras como las de «racionalización» o «reestructuración» de los distintos sectores públicos empresariales.

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 la actualidad en el artículo 41 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP). Así, entre otras, el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, o la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en cuyos artículos 58 a 64 se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, y se establece la regulación del mismo.

Pese a la variedad de opciones, un intento de sistematizar estas previsiones –sin incluir nuevamente las propias destinadas al órgano de resolución de recursos– nos lleva a agruparlas en esta ocasión 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 previsiones en materia de modificaciones de contratos públicos.

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

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

En este grupo encontramos medidas de diversa naturaleza, así junto a previsiones de corte «clásico», como la de introducir la exigencia de autorización previa de determinados expedientes de contratación por el órgano superior de Gobierno de la respectiva Comunidad, la de prohibir la celebración de determinados contratos, o la de limitar los contratos con pago aplazado, aparecen otras más novedosas, como la de determinar los criterios de adjudicación que, con carácter general, se aplicarán en las licitaciones de una Comunidad.

Entre las primeras destaca el Decreto-ley 1/2011, de 30 de septiembre, del Consell de la Generalitat Valenciana, de Medidas Urgentes de Régimen Económico-financiero del Sector Público Empresarial y Funda-

cional. La norma contiene en materia de contratación, entre otras, esta estipulación:

«Artículo 12. Autorización previa para determinados contratos.

1. Además de lo que pueda estar previsto en la normativa sectorial que afecta a cada tipo de ente, para la celebración de contratos, de cualquier naturaleza jurídica, cuyo importe sea igual o superior a 12 millones de euros, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley de Contratos del Sector Público, los entes necesitarán la autorización del Consell. Este importe podrá ser modificado en las sucesivas Leyes de Presupuestos de la Generalitat.

Con carácter previo a su remisión al Consell, dichos contratos deberán ser examinados por la Comisión Delegada del Consell de Hacienda y Presupuestos.

2. La autorización del Consell a que se refiere el apartado anterior deberá obtenerse antes de la iniciación del expediente.

3. El Consell podrá reclamar discrecionalmente el conocimiento y autorización de cualquier otro contrato. Igualmente, el órgano de contratación, a través de la consellería a la que esté adscrito el ente, podrá elevar un contrato no comprendido en el apartado 1 de este artículo, a la consideración del Consell.

4. Cuando el Consell autorice la celebración del contrato deberá autorizar igualmente su resolución.

5. Anualmente en la Ley de Presupuestos de la Generalitat, se podrá fijar la cuantía a partir de la cual será necesaria la autorización para celebrar contratos de las personas titulares de las consellerías a las que los entes se hallen adscritos. A falta de esta previsión, la cantidad a partir de la cual será necesaria dicha autorización será la que, en su caso, establezca la persona titular de la consellería de adscripción del ente, que no podrá ser inferior a un tercio de la cantidad que deba ser autorizada por el Consell.

6. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplica a los contratos relativos a la financiación y gestión financiera».

Se trata de la primera ocasión en la que se somete a determinados contratos de sociedades mercantiles autonómicas valencianas a un régimen de autorización previa –siempre que no se trate de contratos de financiación o gestión financiera– bien del Consell, bien de los titulares de las consellerías de tutela al que las sociedades públicas estén adscritas, aunque este segundo supuesto la cuantía debe establecerse o en la norma presupuestaria anual o decidirse por la persona titular de la consellería de adscripción, sin que la misma pueda ser inferior a 4 millones de euros.

Se exige, además, en los contratos de estas sociedades no sujetos a regulación armonizada, que previamente a la licitación se elabore una memoria justificativa de la necesidad del contrato, con un contenido análogo al exigido en el artículo 22 TRLCSP, pero en la que además se incluirá la correcta estimación y adecuación del precio para la ejecución

de la prestación. Por otra parte, se determina que las cuantías fijadas para que las entidades sometidas a esta norma consideren los contratos de obras, suministros, servicios y otros, como menores, no podrán superar los límites establecidos en la legislación de contratos del sector público. Asimismo, las cuantías fijadas como máximos para poder utilizar el procedimiento negociado no podrán superar los límites establecidos en la legislación de contratos del sector público¹²⁸.

En términos similares, el contenido del Decreto-ley 1/2011, de 29 de noviembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de racionalización del Sector Público Empresarial (artículos 14, 15 y Disposición transitoria segunda).

Por su parte, la Ley 6/2011, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2012, contiene en sus disposiciones adicionales las siguientes previsiones tendentes al control y la «sostenibilidad» de los gastos de naturaleza contractual:

128. Así, el artículo 13 del Decreto-ley, bajo la rúbrica «Contratos sujetos a regulación armonizada. Instrucciones y principios de contratación», determina:

«1. Los contratos que celebren los entes a los que se refiere la presente norma que tengan la consideración de poder adjudicador de acuerdo con la legislación de contratos del sector público, quedarán sujetos a la regulación armonizada en los supuestos y en los términos previstos en dicha normativa.

2. Fuera del ámbito de aplicación de los contratos sujetos a regulación armonizada, las instrucciones de contratación que deben aprobar las entidades del sector público a los que se refiere la presente norma que sean poderes adjudicadores, pero que no tengan el carácter de administraciones públicas, deberán adaptarse a las siguientes precisiones:

Con carácter previo a la licitación de todo contrato sujeto a las instrucciones elaboradas, se exigirá que se elabore una memoria en la que se justifique con precisión la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse con el contrato, la idoneidad de éste para satisfacerlas, la correcta estimación y adecuación del precio para la ejecución de la prestación y el procedimiento elegido para la adjudicación del contrato.

Las cuantías fijadas para considerar los contratos de obras, suministros, servicios y otros, como menores, no podrán superar los límites establecidos en la legislación de contratos del sector público.

Así mismo, las cuantías fijadas como máximos para poder utilizar el procedimiento negociado no podrán superar los límites establecidos en la legislación de contratos del sector público.

3. En cualquier caso, los entes contratantes del sector público de la Generalitat a los que se refiere este Decreto-ley deben observar los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, no discriminación e igualdad de trato.

4. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplica a los contratos relativos a la financiación y gestión financiera».

3. MEDIDAS ADOPTADAS POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS...

«Disposición adicional primera. Contratos de obras y servicios que superen los 150.000 euros.

Durante el ejercicio 2012 el Consejo de Gobierno dará cuenta a la Asamblea Regional, en cada período de sesiones, de todos los contratos de obras y servicios que superen los 150.000 euros, cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación de los mismos».

«Disposición adicional décima. Bajas por adjudicación.

Durante el ejercicio 2012, en los expedientes de contratación que se financien con cargo a créditos del capítulo VI de Inversiones que tramiten las distintas consejerías y organismos autónomos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, cuando en el proceso de licitación se produzcan bajas de adjudicación en las que el importe correspondiente a la anualidad del ejercicio 2012 sea superior a 10.000 euros, los créditos correspondientes a la diferencia entre el importe de licitación para el ejercicio 2012 y el importe de la adjudicación correspondiente a dicho ejercicio, se declaran indisponibles de acuerdo con el procedimiento establecido en la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda, de 10 de febrero de 2010, por la que se regula el fondo de bajas por adjudicación. Dichos créditos quedarán a disposición de la Consejería de Economía y Hacienda que decidirá el destino de los mismos, preferentemente para financiar los servicios sociales de la Comunidad Autónoma así como actuaciones relacionadas con el seísmo de Lorca, pudiendo, en su caso, utilizarlos como fuente de financiación para incrementar los créditos de la partida presupuestaria a que se refiere el artículo 20.15 de la presente Ley».

«Disposición adicional vigésimo primera. Contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

1. En los contratos a celebrar por cualquier entidad integrante del sector público de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia podrá determinarse que el precio a abonar al contratista pueda hacerse efectivo mediante entregas de dinero o de otras contraprestaciones.

2. Se fija en 30.000 euros la cuantía para celebrar contratos menores de obras y en 12.000 euros la de los contratos menores de servicios y suministros».

En esta misma línea de limitación de gasto contractual se inscribe el artículo 57 de la Ley 12/2011, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2012, en este caso dedicado exclusivamente a los contratos de servicios.

«Artículo 57. Contratos de servicios.

Durante el año 2012, no se podrán formalizar contratos de servicios con personas físicas para cualquier tipo de asistencia técnica, salvo los siguientes: contratos menores; los relacionados con la redacción de proyectos, dirección facultativa y la ejecución de obras; los que se celebren con letrados apoderados, profesores especialistas en centros educativos de la Comunidad Autónoma y profesionales sanitarios que desempeñen servicios en gerencias que no cuenten con profesionales de alguna especialidad, por el déficit de profesionales sanitarios, para realizar trabajos no

habituales; así como los asociados a proyectos de investigación y a actuaciones u operaciones cofinanciadas con fondos de la Unión Europea.

De estas contrataciones se dará cuenta a las direcciones generales de la Función Pública y de Planificación y Presupuesto, cuando se formalicen los correspondientes contratos».

Esta misma norma presupuestaria contiene una Disposición adicional, la décima, destinada a la financiación de las obras que se efectúen bajo la modalidad de abono total del precio, en la que se dispone que el Gobierno Canario, a propuesta del Consejero de Economía, Hacienda y Seguridad y previo informe de la Dirección General de Planificación y Presupuesto, podrá autorizar compromisos de gastos que hayan de extenderse a ejercicios posteriores a aquel en que se autoricen, para la contratación de obras que se efectúen bajo la modalidad de abono total del precio, siempre que se fraccione su abono en distintas anualidades, que no podrán ser superiores a cinco, desde la fecha fijada para la conclusión de las obras. De estas autorizaciones debe darse cuenta al Parlamento de Canarias, en el plazo de tres meses contados desde su autorización. Prevé también el precepto su aplicación, previa aceptación del contratista, a los contratos celebrados bajo esta modalidad con anterioridad a la entrada en vigor de la ley.

Al pago aplazado del precio de los contratos –en esta ocasión con vigencia exclusiva para el año 2012– se dedica también el artículo 46 de la Ley 4/2011, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2012, del siguiente tenor literal:

«Uno. Con vigencia exclusiva para el año 2012 se autoriza el pago aplazado de los contratos de obra cuyo valor estimado sea superior a un millón y medio de euros y su plazo de ejecución sea igual o superior a doce meses.

El aplazamiento del pago del precio del contrato requerirá la tramitación del correspondiente expediente de gasto plurianual en los términos previstos en el artículo 47 de la Ley 14/2006, de 24 de octubre, de Finanzas de Cantabria, y nunca podrá superar las diez anualidades posteriores a aquella en que se prevea la terminación de la obra por el contratista.

En el supuesto de prórrogas o modificaciones que impliquen la ampliación del plazo inicial, podrán reajustarse las correspondientes anualidades con el límite establecido en el párrafo anterior.

Dos. Los Pliegos de cláusulas administrativas particulares que regulen la contratación de las obras previstas en este artículo, deberán incluir necesariamente y de forma separada, entre otros aspectos, el siguiente contenido:

a) El valor estimado del contrato, en el que se incluirán los gastos financieros.

3. MEDIDAS ADOPTADAS POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS...

b) Las condiciones específicas de su financiación de forma que hagan posible la determinación del precio final a pagar.

c) El plazo de garantía, que no podrá ser inferior a dos años.

d) La posibilidad de fraccionamiento del pago del precio.

Tres. El pago del precio del contrato se ajustará al ritmo que se prevea en el pliego o, en su caso, en la oferta del adjudicatario».

Más novedosa es la Resolución de 13 de diciembre de 2011, publicada en el DOCM, de 23 de diciembre de 2011, por la que se dispone la publicación de la Instrucción del Consejo de Gobierno de 10 de noviembre de 2011, sobre criterios de adjudicación de los contratos administrativos de obras, suministros y servicios en el ámbito de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. La Instrucción establece lo que sigue:

«Primero.-Ámbito de aplicación

La presente Instrucción será de aplicación a los contratos administrativos de obras, suministros y servicios que tramiten los órganos de contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sus organismos autónomos y entidades de derecho público dependientes que tengan la consideración de Administración Pública, siempre que los citados contratos se adjudiquen por procedimiento abierto o restringido y que, para la selección de la oferta económicamente más ventajosa, se vayan a tener en cuenta varios criterios de adjudicación, económicos y cualitativos.

Segundo.-Criterios de adjudicación para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa

1. Para los contratos de obras, suministros y servicios que adjudiquen los órganos de contratación citados en el apartado anterior mediante los procedimientos abierto y restringido, la oferta económicamente más ventajosa se determinará, preferentemente, utilizando un único criterio de valoración, que será necesariamente el precio más bajo.

2. Para estos mismos contratos, cuando para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa los pliegos de cláusulas administrativas particulares establezcan más de un criterio de adjudicación, la ponderación mínima atribuida al precio será del 80 por 100 sobre la puntuación total.

Tercero.-Modificación del porcentaje de ponderación mínima de la oferta económica

De forma excepcional y en atención a circunstancias debidamente motivadas por el órgano de contratación, la ponderación relativa al criterio de adjudicación precio podrá ser inferior a la establecida en esta Instrucción, previa autorización de la titular de la Secretaría General de la Consejería de Economía y Hacienda y con el visto bueno del titular de dicha consejería».

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

Una medida de simplificación, acorde con la excepcionalidad de exigencia de garantía provisional incorporada a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, es la contenida en el Acuerdo de 11 de octubre de 2011, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, (publicado en el BOJA de 1 de diciembre) por el que se adoptan, para los años 2012 y 2013, disposiciones sobre el régimen de garantías a constituir en los procedimientos de adjudicación de los contratos que se liciten por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Entes Instrumentales, en el que además se contiene una previsión específica tendente a la agilización en las devoluciones de las garantías definitivas, retenidas en ocasiones por las Administraciones Públicas durante períodos mucho más extensos que los necesarios atendiendo a su finalidad¹²⁹.

La extensión de la contratación centralizada, y el fomento del uso de otras técnicas de racionalización de la contratación pública, también está detrás de algunas de las previsiones adoptadas en este período. Así:

El Decreto 294/2011, de 10 de noviembre de 2011, por el que se adoptan medidas y se establecen los órganos competentes para la racionalización técnica en materia de contratación para la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus organismos autónomos tiene como finalidad la adopción de las medidas administrativas y organizativas precisas para poner en marcha técnicas de centralización de adquisiciones.

Por su parte, la Disposición adicional vigésima segunda de la Ley

129. El Acuerdo es el siguiente:

«Primero. Que con carácter general durante los años 2012 y 2013 no se exija la constitución de la garantía provisional prevista en el artículo 91 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, para participar en los procedimientos de adjudicación de los contratos convocados por la Administración de la Junta de Andalucía y sus entes instrumentales. Que no obstante, excepcionalmente y atendiendo a las circunstancias que concurran en el contrato y siempre que quede suficientemente justificada en el expediente su necesidad, podrá exigirse la constitución de garantía provisional.

Segundo. Que durante el mismo período de tiempo se agilicen los trámites para la devolución de la garantía definitiva, debiéndose adoptar, en todo caso, el acuerdo de devolución y notificarlo al interesado en el plazo de un mes desde la finalización del plazo de garantía, siempre que se hubieran cumplido todos los requisitos necesarios para acordar tal devolución de acuerdo con lo previsto en el artículo 90 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público».

6/2011, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2012, se dedica a la contratación centralizada en esa Comunidad, en la idea de fomentar la declaración de los bienes y servicios que, estando comprendidos en alguna de las categorías que se señalan, por razones de economía y eficiencia del gasto público, se estime necesario considerar como homologados o de uso obligatorio común por consejerías y organismos autónomos. Además, y con independencia de lo anterior, el Consejo de Gobierno, a propuesta de la Consejería de Economía y Hacienda, debe aprobar, antes del 28 de febrero de 2012, un Plan Anual de Contratación Centralizada de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2012, que incluirá, además, aquellos otros que se considere oportuno su contratación centralizada. Corresponde al órgano directivo competente en materia de patrimonio, previa consulta a las consejerías, organismos autónomos y entidades adheridas, la elaboración del Plan Anual de Contratación Centralizada, así como su seguimiento y control. Para los ejercicios posteriores a 2012, el Plan será aprobado dentro del último trimestre del año inmediatamente anterior al que corresponda. Se matiza que, en todo caso, las licitaciones de bienes y servicios de contratación centralizada se subordinarán a las directrices aprobadas por el Consejo de Gobierno en materia de austeridad, eficiencia y racionalización del gasto público.

Otra medida de simplificación la encontramos en la Ley Foral 19/2011, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el año 2012:

«Artículo 39. Contratos de suministros en determinados Organismos Autónomos.

1. Los centros dependientes del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea podrán efectuar la adquisición de productos frescos mediante petición quincenal de oferta a proveedores, sin necesidad de recurrir a una adjudicación de carácter anual.

2. La Agencia Navarra para la Dependencia y el Instituto Navarro para la Igualdad y Familia podrán, para sus centros dependientes, efectuar la adquisición de productos frescos mediante petición bimestral, trimestral o cuatrimestral de ofertas a proveedores, sin necesidad de recurrir a una adjudicación de carácter anual».

En esta misma Ley Foral, la Disposición adicional trigésima quinta modifica el artículo 177 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, al que se le añade un nuevo apartado 4, en los siguientes términos:

«En los contratos cuyo objeto sea la prestación de un servicio relacionado con

redes o infraestructuras de telecomunicaciones o informáticas no registrá el límite establecido en el apartado 1 de este artículo, pudiendo tener el contrato una duración superior a cuatro años cuando ello resulte económicamente ventajoso para la entidad contratante».

Por su parte, la Ley catalana 10/2011, de 29 de diciembre, de simplificación y mejora de la regulación normativa, introduce en el ordenamiento jurídico una serie de medidas que conllevan la agilización de trámites y procesos, para conseguir una administración pública que sea un instrumento eficaz al servicio de la ciudadanía. Según su Disposición adicional cuarta, con el objetivo de hacer plenamente efectivas las determinaciones de la Ley 29/2010, de 3 de agosto, de uso de los medios electrónicos en el sector público de Cataluña, las entidades del sector público de Cataluña deben promover el uso de la factura electrónica como condición de ejecución de los contratos del sector público.

Se publica también en el Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya de 15 de marzo de 2012, una Orden del Consejero de Economía y Conocimiento, ECO/58/2012, de 22 de febrero, de modificación de la Orden ECF/313/2008, de 23 de junio, por la que se aprueba la aplicación de la Plataforma de servicios de contratación pública, y se incorpora el servicio de sobre digital.

También muy reciente es la previsión contenida en la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras de Castilla León, cuya Disposición adicional primera, bajo la rúbrica «*Silencio administrativo y caducidad en los procedimientos de ejecución y resolución de contratos administrativos*», prevé lo siguiente:

«1. En los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado cuyo objeto se refiera a la ejecución, consumación o extinción de un contrato administrativo celebrado por la Administración General e Institucional de la Comunidad Castilla y León, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver.

2. En el ámbito de la Administración General e Institucional de la Comunidad de Castilla y León el plazo máximo para resolver y notificar los procedimientos de resolución de los contratos celebrados por aquellas, cuando se hayan iniciado de oficio, será de ocho meses contados desde la fecha del acuerdo de iniciación, transcurrido este plazo sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se producirá la caducidad en los términos previstos en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

Numerosas 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, por la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de medidas

fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, que además amplía el recurso especial ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón a los contratos de obras de importe superior a 1.000.000 de euros y de suministros y servicios superior a los 100.000 euros. Esta Ley incluye en su Título II, dedicado a las medidas administrativas, distintas modificaciones legislativas con el objetivo de dinamizar la actividad de determinados sectores económicos, simplificar trámites y suprimir cargas administrativas en los procedimientos y de abordar algunos aspectos organizativos. Dentro de estas medidas, se incluyen algunas relativas a la contratación pública por la importancia que ésta despliega para particulares y empresas, para lo que se incorporan en su artículo 33 varias modificaciones de la Ley 3/2011.

Según detalla la Exposición de motivos, se han incorporado medidas para favorecer el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos, simplificando la documentación exigida y para facilitar los trámites administrativos al contratista propuesto como adjudicatario. También se busca limitar el *ius variandi* de la Administración Pública y ampliar los supuestos del recurso especial en materia de contratación y se prevén reformas para evitar conflictos a través de la creación del sistema de arbitraje. Por último, pretende impulsar la eficiencia en la contratación pública y la celebración de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. Asimismo, se da nueva redacción al artículo 10 de la Ley 3/2011, en cuanto podría considerarse que excedió el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma al regular el que denominaba «procedimiento simplificado»¹³⁰.

130. Como señala María Asunción SANMARTÍN MORA en su comentario «*Novedades en materia de contratación pública en la Comunidad Autónoma de Aragón*», publicado el 19 de marzo de 2012 en el *Observatorio de Contratación Pública*, accesible desde www.obcp.es. «En relación con esta última cuestión, hay que recordar que con fecha 9 de diciembre de 2011, se interpuso por el Gobierno de la Nación, recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 6 y 10 de la Ley 3/2011. En concreto se impugnaba el artículo 6 relativo a la posibilidad de que los licitadores en los procedimientos negociados y simplificados en los que no se constituya Mesa de contratación, puedan sustituir inicialmente la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos de capacidad y solvencia por una declaración responsable de que cumplen los requisitos exigidos, comprometiéndose a acreditarlos en caso que fuera a ser propuesto como adjudicatario en el plazo de 5 días hábiles. El recurso argumenta que el precepto contradice lo dispuesto en los artículos 146.1 y 151.2, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, ya que la legislación básica estatal en ningún caso permite justificar el cumplimiento de los requisitos de capacidad, representación y clasificación mediante simple declaración responsable, aplazando al momento previo a la contratación su efectiva acreditación y porque

Se incorpora un nuevo artículo 12 ter. relativo a «*Ampliación del plazo para requerir documentación justificativa*», que pretende solucionar los problemas prácticos que se presentan en relación con el plazo de 10 días hábiles que establece el artículo 151.2 TRLCSP, el cual resulta insuficiente cuando la propuesta de adjudicación del contrato recae en una Unión Temporal de Empresas, o si se trata de un contrato en el que la documentación a aportar –fundamentalmente la relativa a la justificación de disponer de los medios que se ha comprometido a adscribir al contrato– es muy compleja. En el primer caso la Ley amplía directamente dicho plazo a veinte días hábiles, en el segundo se permite que el órgano de contratación pueda, de forma motivada y en el momento de aprobación del expediente, ampliar el plazo con carácter general para todos los licitadores. Es una posibilidad para la que el propio artículo 151.2 TRLCSP faculta a las Comunidades Autónomas.

el plazo de 10 días hábiles establecido en el artículo 152.2, puede ser ampliado por las CC AA, pero no reducido.

Respecto del artículo 10, el recurso entiende que los procedimientos de licitación previstos en la Directiva y en el artículo 138 TRLCSP son los únicos que pueden existir en nuestro ordenamiento jurídico, la Comunidad Autónoma puede, en ejercicio de su facultad de desarrollo, simplificar trámites en aquellas regulaciones de cada procedimiento básico que se puedan considerar «complementarias o de detalle», pero no puede introducir procedimientos que nominal y procedimentalmente se aparten de aquellos. Además cuestiona en particular algunas especialidades procedimentales, contenidas en los apartados 2.c, 2.d y 2.f del artículo 10, relativos a la publicidad de la licitación únicamente en el perfil de contratante, los plazos de presentación de ofertas y el plazo para que el licitador que ha presentado la oferta más ventajosa aporte la documentación acreditativa de su capacitación y solvencia en el caso de que inicialmente hubiera optado por presentar una declaración responsable.

La Ley 3/2012, opta por modificar el artículo 10 de la Ley 3/2011, acogiendo el criterio expresado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, entre otros en su informe 15/2011, de 8 de junio, relativo al «*Ámbito de aplicación y regulación del procedimiento simplificado creado por la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón*», de que este «nuevo» procedimiento, no es tal, sino una simplificación del procedimiento abierto, cuyos elementos estructurales, publicidad, ausencia de negociación y adjudicación de acuerdo con criterios previamente fijados y ponderados, se respetan y cuyas características fundamentales son la simplificación, agilización y reducción de trámites. Por ello el artículo 33.2 de la Ley de medidas fiscales y administrativas, modifica el artículo 10 sustituyendo la expresión «procedimiento simplificado» por «tramitación simplificada del procedimiento abierto», e introduce en los apartados 2.c, 2.d y 2.f unas precisiones que inciden en la necesidad de respetar en todo caso la legislación básica.

Sin embargo, respecto del artículo 6º de la Ley 3/2011, también recurrido, no solo mantiene la aplicación de la declaración responsable, sino que la extiende al declararla aplicable a todos los procedimientos negociados y a la tramitación simplificada del procedimiento abierto, sin limitarla a aquellos casos en que no exista Mesa de contratación y sin que sea necesario que el pliego lo prevea expresamente».

Con la pretensión de favorecer la resolución rápida de conflictos, se introduce un nuevo artículo 22 dedicado al «Arbitraje» que establece textualmente:

«Los distintos poderes adjudicadores sometidos a esta Ley podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren, independientemente de la cuantía de los mismos».

Se permite así a las Administraciones Públicas Aragonesas recurrir al arbitraje, a pesar de que el artículo 50 TRLCSP parece que lleva a interpretar que su aplicación está restringida a los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas, aunque también es cierto que la Disposición adicional del propio TRLCSP no solo admite el recurso al arbitraje para los contratos en el extranjero, sino que en determinados casos lo aconseja¹³¹.

Por último, la Disposición adicional novena dedicada a la eficiencia en la contratación pública, recoge en su apartado primero la redacción del artículo 37.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que ahora se ha integrado en el artículo 22.2 TRLCSP. Asimismo, en el apartado segundo establece el mandato al Gobierno de Aragón de promover la celebración de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado en aquellas áreas de actividad en las que se justifique que se obtiene mayor valor por precio, de coste global, de eficiencia o de imputación de riesgos y en particular, en la contratación de servicios de instalación y mantenimiento de energía, e implantación y explotación de sistemas informáticos entre otros.

IV. MEDIDAS DESTINADAS A INTRODUCIR PREVISIONES EN MATERIA DE MODIFICACIONES DE CONTRATOS PÚBLICOS

1. DECLARACIÓN DE INTERÉS PÚBLICO

La Ley Foral 14/2011, publicada en el Boletín Oficial de Navarra de 29 de septiembre, añadió una disposición adicional trigésimo sexta a la

131. Como señala José María GIMENO FELIU en su trabajo publicado en este mismo libro, «*La necesidad de un Código de Contratos Públicos en España. La contratación pública y las PYMES como estrategia de reactivación de la economía*», «debe extenderse la utilización del arbitraje y no limitarse para los contratos de entidades del Sector público no administración pública sino para cualquier poder adjudicador».

Ley Foral 22/2010, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para 2011, con el siguiente contenido:

«Disposición adicional trigésimo sexta.-Modificación de contratos públicos.

A efectos de lo dispuesto en el artículo 105 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, se considerará que se realiza por motivos de interés público cualquier modificación de los contratos administrativos que se realice durante el presente ejercicio presupuestario de 2011 y que tenga como finalidad el logro del objetivo de estabilidad presupuestaria, reduciendo el volumen de obligaciones o ampliando el plazo de ejecución del contrato».

El artículo 105 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, permite introducir modificaciones en los contratos, por motivos de interés público y circunstancias imprevistas, siempre que dichas prestaciones no puedan separarse del contrato inicial sin causar graves inconvenientes al interés público, hasta un importe acumulado del 50 % del precio de adjudicación del contrato¹³².

En la exposición de motivos de la ley se justifica tal precepto en el objetivo de dotar, durante el año 2011, de una mayor capacidad para afrontar la reducción del gasto público, en momentos de crisis económica y de incertidumbres financieras, con el propósito de conseguir el control del déficit público y, en general, la consolidación fiscal y presupuestaria.

La previsión, amén de sorprendente, no parece que realmente dote a los poderes adjudicadores navarros de un instrumento que facilite la tarea de adaptar el objeto de las prestaciones contractuales a las necesidades surgidas en un nuevo escenario económico y presupuestario, originado por la situación extremadamente crítica que padecen la mayoría de las Administraciones Públicas, porque lo único que la norma reconoce es el interés público en estos supuestos –que siempre podrá justificarse y declararse caso a caso– pero que en ningún caso evitará la tramitación del expediente del modificado en los términos del artículo 107 de la Ley Foral de Contratos Públicos, y que tampoco eludirá las necesarias indemnizaciones a los contratistas en los casos en que éstas procedan.

132. Previsión que, como señala Teresa MOREO MARROIG en su comentario «*Que alguien haga algo*», publicado el 31 de octubre de 2011 en el *Observatorio de Contratación Pública*, accesible desde www.obcp.es, no concilia demasiado con la nueva regulación establecida en el Título V del Libro I de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, tributaria de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que proscribía todas las modificaciones de un contrato efectuadas tras la su celebración, salvo que la modificación no afecte a ninguna condición esencial de la licitación y la posibilidad de aprobar una modificación, así como sus modalidades, estén previstas de forma clara, precisa, e inequívoca en la documentación de la licitación.

3. MEDIDAS ADOPTADAS POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS...

Esta escasa utilidad del precepto puede ser la razón de que en la Ley Foral 19/2011, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el año 2012, no aparezca nuevamente una previsión en este sentido para el ejercicio 2012.

De lo que no cabe duda es de que otras Comunidades Autónomas de régimen general han incorporado con posterioridad previsiones análogas a la navarra, pero con algunos matices diferenciadores:

Así, Murcia en su Ley 6/2011, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2012, destina su Disposición adicional vigésimo primera a la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, estableciendo a estos efectos lo siguiente:

«3. En los contratos administrativos adjudicados por cualquier ente integrante del sector público regional con anterioridad al 6 de marzo de 2011, se considerará realizada por motivos de interés público toda modificación que, con la finalidad de posibilitar el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria fijado para el ejercicio 2012, se proponga la reducción del volumen de obligaciones o ampliación del plazo de ejecución del contrato.

En los restantes contratos administrativos podrá hacerse uso de la posibilidad prevista en el artículo 220 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre de 2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, con la misma finalidad del logro del objetivo de estabilidad presupuestaria ampliando el plazo de ejecución del contrato.

4. En los contratos privados suscritos por los entes del sector público regional, y en virtud del principio de libertad de pactos, los órganos de contratación velarán por que se introduzcan en su clausulado determinaciones conducentes a la reducción del volumen de obligaciones o a la ampliación del plazo de ejecución del contrato.

5. En todo caso la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste y derivados de forma inmediata del acuerdo de modificación o suspensión.

6. Los órganos de contratación, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que se elaboren durante el año 2012, harán uso de la posibilidad prevista en el artículo 106 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre de 2011 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, definiendo las condiciones en las cuales se podrán modificar los contratos, especialmente de aquellas que sea preciso introducir para posibilitar el objetivo de estabilidad presupuestaria que se fije».

Distingue el precepto entre contratos administrativos y privados y, en los primeros, entre los adjudicados antes o después del 6 de marzo de 2011 –fecha, recordemos, de entrada en vigor de la Ley 2/2011 de Economía Sostenible y, por ende, de introducción del nuevo régimen de

los modificados en la LCSP— recordando en este último caso la posibilidad de suspender el contrato recogida en el artículo 220 TRLCSP. Recoge con contundencia («*en todo caso*», señala el precepto) que la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste derivados de forma inmediata del acuerdo de modificación o suspensión, y obliga a los órganos de contratación a recoger en los pliegos como modificaciones «previstas» aquellas que sea preciso introducir para posibilitar el objetivo de estabilidad presupuestaria que se fije. Respecto de esta última previsión, apuntar que la misma deberá ejercerse a la luz de los principios y reglas del derecho comunitario, tal y como han sido interpretadas por el TJUE.

Previsión análoga a la Navarra, pero sin limitación temporal, introduce para sus contratos Castilla León en la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras:

«DISPOSICIÓN ADICIONAL DÉCIMA. Contratación administrativa.

En la Administración de la Comunidad de Castilla y León, a los efectos de lo dispuesto en la normativa aplicable en materia de contratos públicos, se considerará que se realiza por motivos de interés público cualquier modificación de los contratos administrativos que tenga como finalidad el logro del objetivo de estabilidad presupuestaria, reduciendo el importe de las obligaciones o ampliando el plazo de ejecución del contrato».

La última Comunidad Autónoma en recoger una previsión en esta misma línea ha sido Cataluña, en concreto en su Ley 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos, que establece lo que sigue en su Disposición transitoria decimoprimera:

«Modificación de contratos del sector público

1. A los efectos de lo dispuesto por la legislación de contratos del sector público, las modificaciones de contratos administrativos que se lleven a cabo durante el ejercicio presupuestario de 2012 derivadas de la aplicación de medidas de estabilidad presupuestaria se realizan por razones de interés público.

2. Los pliegos de cláusulas administrativas o el anuncio de las nuevas contrataciones deben incorporar las previsiones requeridas por la legislación de contratos del sector público respecto de la eventual modificación contractual con motivo de la aplicación de medidas de estabilidad presupuestaria que correspondan».

2. PUBLICIDAD DE LOS MODIFICADOS

Son también varias las Comunidades Autónomas que a lo largo de este período han introducido previsiones normativas que, con mayor o

menor alcance, pretenden dotar de transparencia a la modificación de los contratos públicos¹³³.

La primera ha sido la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y el buen gobierno de las Illes Balears, que dispone en su artículo 19.2 f) la 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, si procede»¹³⁴. Esta obligación, materializada en la práctica casi un año más tarde de su entrada en vigor, alcanza a cualquier contrato, con independencia de su cuantía¹³⁵.

Por su parte, la Ley 1/2012, de 24 de enero, de Presupuestos Gene-

133. Ya 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». No obstante nada se introdujo en este sentido en la LCSP, ni en las sucesivas reformas de la misma.

En el momento en que se cierra este trabajo acaba de hacerse público el Anteproyecto de ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, que prevé en su Artículo 6, Información económico-presupuestaria y estadística, lo siguiente:

«Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este Título deberán hacer pública la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación:

a) Los contratos adjudicados, con indicación del objeto, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones, prórrogas y variaciones de plazo o de precio del contrato.

Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público».

134. Como señala Miguel Ángel BERNAL BLAY en el Capítulo 5 «*Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos*» del libro col. «*OBSERVATORIO DE CONTRATOS PÚBLICOS 2010*»: «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».

135. A diferencia de su predecesora, la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega, que 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 éste sea superior a 1.000.000 €».

rales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2012, recoge en su Artículo 40 la obligación de dar publicidad «en Internet» a los contratos menores, las modificaciones contractuales y contratos complementarios, con el siguiente tenor literal:

«Los contratos menores que excedan de 3.000 euros, excluido IVA, deberán inscribirse en el Registro de Contratos de la Comunidad Autónoma previamente a su pago, efectuándose por la Intervención General la publicación en Internet de los inscritos, trimestralmente, dentro del mes siguiente. Dicha publicación deberá también realizarse respecto de las modificaciones contractuales que deberán ser inscritas en el Registro, con indicación además en este caso de los datos del contrato primitivo».

Un decidido «paso adelante» en este intento de materializar el principio de transparencia en la fase de ejecución de los contratos públicos, lo encontramos en el nuevo artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, introducido por Ley 3/2012, de 8 de marzo, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, con el título «Publicidad de lo modificado», que exige que los actos del órgano de contratación por los que se acuerde la modificación de un contrato se publiquen, en todo caso, en el Boletín y perfil en que se publicó la adjudicación, con indicación de las circunstancias justificativas, el alcance e importe del mismo, con el fin de garantizar el uso adecuado de la potestad de modificación. Asimismo, dichos acuerdos deberán notificarse a los licitadores que fueron admitidos a la licitación, incluyendo la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación de no ajustarse a los requerimientos legales¹³⁶.

Nótese que, a diferencia de las regulaciones de otras Comunidades Autónomas sobre la cuestión, la publicidad no se limita en este caso a la publicación en el perfil y el Boletín, sino que exige la notificación del acuerdo de modificación a los restantes licitadores admitidos a la licitación, haciendo de este modo verdaderamente efectivo su derecho al control de las modificaciones¹³⁷.

3. OTRAS PREVISIONES SINGULARES DE MODIFICACIÓN DE CONTRATOS

La Ley 11/2011, de 26 de diciembre, de presupuestos generales de

136. Justifica la Exposición de Motivos el precepto en la pretensión de limitar el *ius variandi* de la Administración Pública.

137. En este punto resulta de gran interés el comentario «El control sobre la modificación de los contratos públicos», publicado el 1 de septiembre de 2011 por Miguel Ángel BERNAL BLAY en el «Observatorio de Contratación Pública», accesible desde www.obcp.es

la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2012 dedica un artículo, el 41, a las modificaciones de contratos de transporte escolar, con el siguiente contenido:

«Los contratos administrativos de transporte escolar podrán modificarse por razones de interés público y para atender a causas imprevistas debidamente justificadas, de conformidad con lo previsto en el texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real decreto legislativo 3/2011, del 14 de noviembre.

Las modificaciones consistentes en la variación de los recorridos, así como en la reestructuración de los itinerarios, motivadas por razones técnicas, dado el carácter esencial e impostergable de los servicios de transporte escolar, se pondrán en práctica de manera inmediata, una vez comprobados el cumplimiento de las condiciones referidas al inicio, así como la existencia de crédito presupuestario necesario para llevarlas adelante.

Dichas modificaciones estarán exceptuadas de informe previo de la asesoría jurídica cuando su cuantía no sobrepase el 20% del precio del contrato/día a modificar y el importe anual que represente la modificación no sobrepase los 18.000 euros, IVA excluido.

Con independencia de lo establecido en el artículo 97.1 del texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 7 de octubre, no estarán sometidas a intervención previa dichas modificaciones cuando no excedieran de los límites señalados en el párrafo anterior.

No obstante lo anterior, la Intervención Delegada de la Consejería de Educación y Ordenación Universitaria comprobará, antes de la fiscalización del primer pago, el cumplimiento de todos los requisitos exigidos para autorizar y comprometer el gasto».

Esta previsión singular, que pretende dotar de un régimen mas flexible a la modificación a unos contratos, los de transporte escolar, que por sus peculiaridades pueden requerir de sucesivas adaptaciones a lo largo del curso escolar en función de las demandas de sus usuarios finales o de otras circunstancias imprevistas, no es una novedad en 2012, al encontrarse previsiones análogas en las Leyes de presupuestos gallegas de ejercicios anteriores. Lo que sí es destacable es la incorporación de esta regulación tras la entrada en vigor del nuevo régimen de los modificados introducido por la Ley 2/2011 de Economía Sostenible en la LCSP, ya que la previsión legal –efectiva en lo que se refiere a las singularidades del procedimiento de tramitación de la modificación– no dispensará a los pliegos que rijan estas licitaciones de recoger todos los extremos exigidos en el artículo 106 TRLCSP: circunstancias objetivas, condiciones, alcance, límites de la modificación y porcentaje del precio afectado.

III. OBSERVATORIO DE CONTRATOS PÚBLICOS

Observatorio de jurisprudencia en materia de contratos públicos

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. II. CONTRATOS EXCLUIDOS: CONTRATOS PATRIMONIALES. III. DELIMITACIÓN DE TIPOS CONTRACTUALES. 1. *Las fronteras entre contrato de servicios y concesiones de servicios*. 2. *Contratos de gestión de servicios públicos: concepto de ejercicio de autoridad*. 3. *Contratos de servicios del anexo II A frente a contratos de servicios del anexo II B de la Directiva 2004/18/CE: Diferencias de régimen jurídico aplicable*. 4. *Contratación conjunta de elaboración de proyecto y ejecución de obra: carácter excepcional*. IV. PARTES EN EL CONTRATO. CAPACIDAD Y SOLVENCIA DEL EMPRESARIO. 1. *Interpretación de los requisitos de solvencia técnica*. 2. *Prohibiciones de contratar: falsedad*. V. DURACIÓN DEL CONTRATO Y PROHIBICIÓN DE PRORROGAS NO PREVISTAS INICIALMENTE. VI. PRECIO Y CUANTÍA DEL CONTRATO. 1. *Obras complementarias: determinación y pago del precio*. 2. *Pago del precio por aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto*. 3. *Revisión de precios*. 4. *Contratos de obra bajo modalidad de abono total del precio e intereses de demora*. VII. PREPARACIÓN DE LOS CONTRATOS. EL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN. 1. *Omisión del informe acreditativo de la necesidad e idoneidad del contrato*. 2. *¿Concurso de proyectos o procedimiento abierto?*. 3. *La inclusión de la experiencia como criterio de adjudicación*. VIII. ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS. 1. *Falta de contestación por escrito de una duda planteada por un licitador antes de presentar su oferta*. 2. *Actuaciones de las mesas de contratación*. 2.1. *La sustitución del Secretario de la mesa de contratación no provoca la invalidez de sus acuerdos*. 2.2. *Proposiciones simultáneas y admisibilidad de ofertas presentadas por empresas del mismo grupo*. 2.3. *Defectos y omisiones subsanables*. 2.4. *Fijación de subcriterios de adjudicación con posterioridad a la apertura de las ofertas*. 3. *Requisitos para la declarar desierto un concurso*. IX. REVISIÓN DE DECISIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN. 1. *Legitimación activa para la interposición de recurso*. 2. *Motivación suficiente y comienzo del cómputo del plazo de interposición del recurso*. 3. *Finalidad y objeto del recurso de revisión*. 4. *Tutela resarcitoria*. X. RESTABLECIMIENTO ECONÓMICO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO. XI. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. 1. *Recepción tácita de*

las obras. 2. Extinción de la responsabilidad del contratista. XII. RESOLUCIÓN CONTRACTUAL. 1. Plazo máximo para resolver un expediente de resolución contractual. 2. Resolución del contrato de suministro y devolución del objeto suministrado. 3. Resolución del contrato de obras y devolución de las garantías. XIII. ABREVIATURAS UTILIZADAS.

INTRODUCCIÓN

Las siguientes páginas contienen el análisis y sistematización de la jurisprudencia recaída durante el año 2011 en materia de contratación pública. Dada su posición en el sistema de fuentes, se ha dedicado especial atención a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. La reseña a la jurisprudencia menor, en consecuencia, no es exhaustiva, habiéndose únicamente resaltado aquellas resoluciones que, a nuestro juicio, están dotadas de un especial interés.

Desde otra perspectiva, es reseñable que dada la dilatada duración de los procedimientos contenciosos en nuestro país ninguna de las sentencias analizadas aplica aún la Ley 30/2007, de 30 de octubre, por la que se aprueba la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP). No obstante, como se intenta argumentar en el texto, la mayor parte de las soluciones son extrapolables a la normativa actualmente vigente.

Finalmente, desde un punto de vista sustantivo, se pueden destacar que en algunos ámbitos se ha producido una evolución jurisprudencial de notable interés. Así, resultan de la mayor importancia dos sentencias del Tribunal de la Unión Europea que avanzan en la delimitación entre contratos de servicios y concesiones de servicios utilizando unos criterios que no han sido los tradicionales en nuestro ordenamiento. Por otro lado, en relación con la tutela del licitador, es reseñable tanto el debate producido en relación con la legitimación – en concreto a propósito de si esta ha de entenderse de una manera estricta– como las nuevas fórmulas de resarcimiento que ha comenzado a ensañar nuestro Tribunal Supremo. Por último, en el ámbito de la ejecución contractual, el análisis de si determinadas circunstancias habilitan el restablecimiento económico del contrato ha supuesto una cuestión recurrente.

I. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como es de sobra conocido, la competencia del Estado para dictar

las bases en materia de contratación administrativa se fundamenta en el art. 149.1.18ª CE (entre otras, SSTC 141/93, de 22 de abril de 1993 y 331/93, de 12 de noviembre de 1993). En este contexto, la STS de 9 de diciembre de 2011 (rec. 5777/2008) analiza la conformidad a Derecho de la Orden de 31 de marzo de 2006, de la Consejería de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, que formulaba instrucciones para la tramitación del expediente previo al de la declaración de la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas a quienes hubieran sido sancionados por falta muy grave en materia de prevención de riesgos laborales. Esta prohibición de contratar se regula en el vigente art. 60.1 c) TRLCSP. Tal y como establece ahora el art. 61 TRLCSP, en este caso se precisa declaración previa sobre la concurrencia de la prohibición, «siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca».

El RGLCSP literalmente dispone que en estos casos «las autoridades y órganos competentes que acuerden sanciones o resoluciones firmes remitirán a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa las actuaciones seguidas mediante la tramitación del correspondiente expediente, en el que se cumplirá el trámite de audiencia, acompañando informe sobre las circunstancias concurrentes, a efectos de que por aquélla se pueda apreciar el alcance y la duración de la prohibición de contratar que ha de proponer al Ministro de Hacienda», señalando a continuación que «el trámite de audiencia deberá reiterarse por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa antes de elevar propuesta de resolución».

Pues bien, la Orden vasca controvertida regula el expediente autonómico previo a la remisión de la Junta Consultiva de las actuaciones seguidas, bien es verdad que reconociendo la posibilidad de archivo de las actuaciones, «atendiendo a la ausencia de dolo o manifiesta mala fe en el empresario y a la entidad del daño causado a los intereses públicos». Contra la misma interpuso en su día recurso la Abogacía del Estado, por entender que la norma no encontraba cobertura constitucional en la competencia de desarrollo normativa y ejecución en materia de contratación administrativa que corresponde a la Comunidad Autónoma del País Vasco. No obstante, el recurso es rechazado tanto en la instancia como en casación. Como recuerda el Tribunal Supremo:

«La normativa básica en materia de contratación administrativa tiene principalmente por objeto, aparte de otros fines de interés general, proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administra-

ciones públicas. Objetivo éste que refuerzan y extienden subjetivamente las directivas de la Unión Europea sobre la materia, razón que motivó tanto la modificación de la Ley de Contratos del Estado por el Real Decreto Legislativo 931/1986, como la subsiguiente modificación del Reglamento General de Contratación operada por el Real Decreto 2528/1986.

– Quiere decirse que todos los preceptos de este último que tiendan directamente, en complemento necesario de la Ley de Contratos a dotar de efectividad práctica a aquellos principios básicos de la contratación administrativa deben ser razonablemente considerados como normas básicas. Mientras que no lo serán aquellas otras prescripciones de detalle o de procedimiento que, sin merma de la eficacia de tales principios básicos pudieran ser sustituidas por otras regulaciones asimismo complementarias o de detalle, elaboradas por las Comunidades Autónomas con competencia para ello al ejercitar su competencia de desarrollo y ejecución que, en esta materia, le confiere la Constitución y el Estatuto de Autonomía».

Pues bien, el artículo 21 de la Ley de Contratos regula el procedimiento para la declaración de las prohibiciones de contratar

«[...]»

Este particular punto es precisado y desarrollado en el artículo 19 del Reglamento General de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas, que textualmente dispone que «en los supuestos del párrafo d) del artículo 20 de la Ley [...] lo que pone de relieve que *la Orden cuestionada no contiene norma alguna que discipline la materia relativa a la prevención de riesgos laborales, ni impone obligaciones, ni tipifica conductas, ni establece un procedimiento sancionador, limitándose, por el contrario, a dar cumplimiento a lo que viene exigido por la normativa básica en materia de contratación administrativa*» (cursiva nuestra).

En todo caso, en buena medida el TS debiera haber analizado con mayor detenimiento si la potestad que reconoce la normativa vasca de declarar el archivo de las actuaciones a favor del órgano autonómico es compatible con el imperativo «remitirán» que emplea la legislación básica.

II. CONTRATOS EXCLUIDOS: CONTRATOS PATRIMONIALES

Es sobra conocido que en virtud del art. 4.1 o) se excluyen del ámbito del TRLCAP los negocios regulados en la legislación patrimonial, los cuales, frente al TRLCAP, se extraen por completo de la legislación de contratos, salvo la posible utilización de los principios de la Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse (art. 4.2), considerando su completa regulación en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas¹³⁸.

138. MORENO MOLINA, J. A., y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, 3º ed., 2011, p. 240.

En todo caso, el TRLCAP constituye la norma aplicable al supuesto que resuelve la STS de 20 de mayo de 2011 (rec. 3413/2007). La duda que se plantea es si, por aplicación de la legislación de contratos, es posible enajenar de forma directa el subsuelo de una plaza al agente urbanizador. Pese a que la legislación de régimen local establece que las enajenaciones de bienes patrimoniales deberán realizarse por subasta o por permuta, la Corporación afectada pretendía hacer uso del procedimiento negociado, justificando la actuación en la aplicación del art. 141 b) TRLCAP. Este precepto permitía la adjudicación del contrato de obras mediante el procedimiento negociado sin publicidad cuando a causa de su especificidad técnica, artística o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva, la ejecución de las obras sólo pueda encomendarse a un determinado empresario.

No obstante, el Tribunal Supremo parte de que se trata de un contrato cuya naturaleza jurídica es la de compraventa. Y por ello, tal naturaleza, determina, la inaplicación de los artículos 141, 159, 182 y 210 TRLCAP, pues si bien era la normativa de contratación aplicable por razones temporales en la fecha de adjudicación de las parcelas (Acuerdo plenario de 18 mayo de 2005), el contrato celebrado tenía la calificación de privado (ex artículo 5.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos 2/2000), y por su carácter de contrato privado, su régimen jurídico era el previsto en el artículo 9 de ese texto legal. De acuerdo con dicho precepto, la normativa aplicable en cuanto a su preparación y adjudicación eran las normas de la legislación patrimonial de las correspondientes Administraciones públicas, lo que remite directamente a la regulación contenida en la legislación de régimen local, en concreto, a lo dispuesto en el artículo 80 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por RDL 781/1986, de 18 de abril¹³⁹.

III. DELIMITACIÓN DE TIPOS CONTRACTUALES

1. LAS FRONTERAS ENTRE CONTRATO DE SERVICIOS Y CONCESIONES DE SERVICIOS

Como ya hemos señalado en otro lugar¹⁴⁰, la irrupción del Derecho

139. Dicho precepto establece que: «las enajenaciones de bienes patrimoniales habrán de realizarse mediante subastas pública. Se exceptúa el caso de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario».

140. GALLEGO CÓRCOLES, I., «Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios», *Contratación Administrativa Práctica*, nº 111 y 112, 2011. En relación con esta cuestión, *vid.* M. A. BERNAL BLAY, «El contrato de concesión de

europeo de la contratación pública ha hecho que quiebren nuestros instrumentos tradicionales de distinción entre el contrato de servicios y el contrato de gestión de servicios públicos. Y es que para el Derecho europeo es irrelevante el objeto del contrato –si va encaminado a la prestación del servicio público–, ya que los criterios de diferenciación se basan en la forma de prestación, en concreto, en si el adjudicatario del contrato asume los riesgos de explotación del servicio.

Desde esta perspectiva, lo trascendental no es que existan grandes riesgos en la prestación del servicio –lo que en el caso de los servicios públicos no siempre será así, dado el tipo de demanda que prima en estos mercados y la importante reglamentación de estas actividades–, sino que los que existan, por poco relevantes que sean, sean transmitidos al concesionario. *Vid.*, en este sentido, STJUE de 10 de septiembre de 2009, C-206/2008, WAZV Gotha.

En cualquier caso, lo que constituye un concepto indeterminado es el del propio «riesgo» que ha de asumir el contratista para que se pueda hablar de contrato de concesión. Pues bien, en la interpretación del mismo resulta fundamental la reciente STJUE de 10 de marzo de 2011, C-274/2011, relativa a la prestación de los servicios de socorro alemanes. Según la misma,

«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 (*vid.*, 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. p. I-9315, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, antes citada, apartado 74).

38. En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios».

De acuerdo con ello, se consideran indicios de transmisión del riesgo de la explotación al adjudicatario los siguientes: el hecho de que la tarifa de prestación se fije anualmente de forma negociada, que la normativa

obras públicas y otras técnicas "paraconcesionales"», Civitas, Madrid, 2010, pp. 88 y ss.

aplicable no asegure la cobertura completa de costes, que exista riesgo de impago por parte de los deudores y por último, que no se trate de un servicio monopolístico. En la detallada argumentación de la STJUE de 10 de marzo de 2011, c-274/2011,

«39. En el asunto principal, es preciso señalar, primeramente, que los precios de utilización no son determinados unilateralmente por el prestador de los servicios de socorro, sino a través de un acuerdo con los organismos de seguridad social sobre la base de negociaciones que deben llevarse a cabo anualmente. Estas negociaciones, cuyos resultados sólo son parcialmente previsibles, conllevan el riesgo de que el prestador de servicios deba enfrentarse a restricciones impuestas durante la vigencia del contrato. Estas restricciones pueden surgir en particular de la necesidad de alcanzar compromisos en el marco de las negociaciones o del procedimiento de arbitraje en relación con el nivel de los precios de utilización.

40. Tomando en consideración el hecho, subrayado por el propio órgano jurisdiccional remitente, de que los organismos de seguridad social con los que el prestador elegido tiene que mantener esas negociaciones consideran importante, habida cuenta de sus obligaciones legales, que los precios de utilización se fijen en un nivel tan bajo como sea posible, dicho prestador corre de este modo el riesgo de que dichos precios no sean suficientes para cubrir todos los gastos de explotación.

41. El prestador de servicios no puede precaverse contra estas posibilidades renunciando a la continuación de su actividad ya que, por un lado, las inversiones efectuadas por él quedarían sin amortizar y, por otro lado, se expondría a las consecuencias jurídicas de su decisión de resolver el contrato de manera anticipada. En cualquier caso, una empresa especializada en los servicios de socorro no tiene más que una flexibilidad limitada en el mercado de los transportes.

42. En segundo lugar, de la Ley bávara se desprende que no garantiza la cobertura completa de los costes del operador.

43. Si los costes reales del operador superan, en un período determinado, los costes probables sobre cuya base se calcularon los precios de utilización, dicho operador puede encontrarse en una situación deficitaria y verse obligado a obtener una prefinanciación por sus propios medios. Es un hecho que la demanda de servicios de socorro puede estar sujeta a fluctuaciones.

44. Además, en caso de diferencia entre los costes reales y los costes probables reconocidos por los organismos de seguridad social, el resultado de la rendición de cuentas simplemente se inscribe en el orden del día de las negociaciones siguientes, lo cual no obliga a los organismos de seguridad social a compensar un eventual déficit durante el año siguiente y, de este modo, no implica una garantía de compensación completa.

45. Cabe añadir que, si los costes se prevén como parte del presupuesto, no puede efectuarse un traspaso del resultado positivo o negativo de la empresa al ejercicio siguiente.

46. En tercer lugar, el prestador elegido está en cierta medida expuesto al riesgo de impago de los deudores de los precios de utilización. Es cierto que la mayoría de los usuarios de los servicios están asegurados por organismos de seguridad social, pero una parte no despreciable de los usuarios son personas sin se-

guro o con seguro privado. Aunque la Oficina liquidadora central se encargue técnicamente de la recaudación de las deudas de estos últimos, no asume ni las obligaciones de las personas sin seguro o con seguro privado ni garantiza el pago efectivo de los precios de utilización por parte de estas personas. De la información comunicada al Tribunal de Justicia se desprende que dicha Oficina central no dispone de las prerrogativas de una autoridad pública.

47. Por último, debe señalarse que, según las indicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente, la Ley bávara no excluye que se permita a varios operadores prestar sus servicios en la misma zona. Así, en el asunto principal, la mancomunidad de municipios de Passau celebró contratos con dos prestadores de servicios»¹⁴¹.

Más recientemente, la STJUE 10 de noviembre de 2011, As. C-348/10, Norma-A SIA, califica como contrato de servicios el de transporte público de Letonia, ya que la Ley aplicable prevé que se compensen al transportista por las pérdidas vinculadas a la prestación de servicios de transporte público. Es evidente que, ante tal previsión, no se produce la transmisión de riesgos del contrato al contratista.

2. CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS: CONCEPTO DE EJERCICIO DE AUTORIDAD

Uno de los tradicionales límites a la externalización de servicios es la prohibición de que sean objeto de contrato de gestión de servicios aquellos que conlleven ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. Así lo establece actualmente el art. 275 TRLCSP.

Interpretando dicho requisito, la STS de 6 de octubre de 2011 (rec. 239/2009) ha confirmado la licitud de la convocatoria de licitación un contrato de asistencia de intervención técnica de asesoramiento en los equipos técnicos de menores y familia adscritos a la consejería de Justicia de la Generalidad Valenciana.

El Tribunal Supremo concluye que esta actuación cuenta con pleno respaldo legal en el artículo 27.6 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, que no impedía la posibilidad de que aquellos equipos, dotados en principio con personal propio de la Administración, quedaran después completados y, en su caso, debidamente reforzados, con personal externo a la propia organización administrativa, mediante la correspondiente técnica contractual con entidades privadas, según se desprende

141. Por todo lo anterior, la STJUE de 27 de octubre de 2005, relativa a sendos concursos convocado por el INSALUD para la prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación, había considerado que dichos contratos constituían contratos de servicios y no contratos de gestión de servicios público como habían sido calificados según nuestra legislación.

de los artículos 27.6 de la Ley Orgánica 5/2000 y 4.1 y 4 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la referida Ley Orgánica¹⁴².

La sentencia añade que no puede apreciarse la prohibición contenida en el apartado 4 del mismo artículo 196 TRLCAP, que impide contratar aquellos servicios que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos. En este sentido, el Tribunal Supremo subraya que el asesoramiento técnico prestado por los citados equipos en nada puede afectar ni al ejercicio de la función jurisdiccional atribuida a los Juzgados de Menores, ni al desarrollo de las funciones encomendadas a las Fiscalías de Menores, ni, en definitiva, al ámbito material de competencias asumidas sobre este particular por la correspondiente Administración autonómica.

3. CONTRATOS DE SERVICIOS DEL ANEXO II A FRENTE A CONTRATOS DE SERVICIOS DEL ANEXO II B DE LA DIRECTIVA 2004/18/CE: DIFERENCIAS DE RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

La Directiva 2004/18/CE distingue entre servicios prioritarios (anexo II A) y servicios no prioritarios (anexo II B). Respecto a estos últimos, los poderes adjudicadores sólo están sujetos a la obligación de definir las especificaciones técnicas por referencia a normas nacionales que incorporen normas europeas que deben figurar en los documentos generales o contractuales propios de cada contrato y de enviar a la OPOCE (Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas) un anuncio con los resultados del procedimiento de adjudicación de estos contratos.

En nuestro Derecho, los servicios prioritarios constituyen las categorías 1 a 16 del anexo II TRLCSP y los no prioritarios las categorías 17

142. El artículo 27.1 de la citada norma establece que «durante la instrucción del expediente, el Ministerio Fiscal requerirá del equipo técnico, que a estos efectos dependerá funcionalmente de aquél sea cual fuere su dependencia orgánica, la elaboración de un informe o actualización de los anteriormente emitidos, que deberá serle entregado en el plazo máximo de diez días, prorrogable por un período no superior a un mes en casos de gran complejidad, sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la presente Ley». En este sentido, el art. 27.6, en que el que se fundamenta la sentencia que reseñamos, tiene el siguiente tenor: «El informe al que se refiere el presente artículo podrá ser elaborado o complementado por aquellas entidades públicas o privadas que trabajen en el ámbito de la educación de menores y conozcan la situación del menor expedientado.»

a 27. Ahora bien, las diferencias de régimen jurídico entre estas dos clases de servicios no radicales en Derecho español, ya que si bien el TRLCSP opta por dejar las categorías 17 a 27 fuera de la categoría de contrato SARA, establece su sometimiento a las mismas reglas que el resto de contratos de servicios en los lugares pertinentes de la Ley¹⁴³.

En todo caso, las diferencias de régimen jurídico entre uno y otro tipo de contratos que pudieran establecerse en nuestro Derecho interno encontrarían plena cobertura en Derecho europeo. Así se desprende de la STJUE de 17 de marzo de 2011, asunto C-95/10, Strong Segurança, SA. En el supuesto, se pretende la aplicación de las normas sobre integración de la solvencia por medios externos a un contrato de servicios del anexo II B de la Directiva 2004/18. Y el Tribunal rechaza dicha pretensión por dos razones.

En primer lugar, porque la Directiva 2004/18 no impone directamente a los Estados miembros la obligación de aplicar también el artículo 47, apartado 2, de la misma Directiva a los contratos públicos de servicios incluidos en el anexo II B de ésta.

En segundo lugar, porque la extensión de la posibilidad de acreditar la solvencia por medios externos de forma analógica no es ni una exigencia del principio ni del de igualdad. Subraya el TJUE que un enfoque tan extensivo del alcance del principio de igualdad de trato podría llevar a la aplicación a los contratos de servicios comprendidos en el anexo II B de la Directiva 2004/18, de otras disposiciones esenciales de la misma Directiva, entre las que se encuentran, como indica el órgano jurisdiccional remitente, las disposiciones que fijan los criterios de selección cualitativa de los candidatos (artículos 45 a 52) y los criterios de adjudicación de los contratos (artículos 53 a 55). Se correría así el riesgo de privar de todo efecto útil a la distinción entre los servicios de los anexos II A y II B que lleva a cabo la Directiva 2004/18 y a la aplicación de ésta en un doble régimen, en los términos utilizados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Añade el Tribunal europeo que, además, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los contratos relativos a los servicios que

143. MORENO MOLINA, J. A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, 3^o ed., 2011, p. 352. Sobre el régimen jurídico de los contratos sometidos a regulación armonizada, *vid.* –MORENO MOLINA, J. A., «Un mundo para Sara. Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada», *Revista de Administración Pública*, n^o 178 (2009), pp. 175 a 213.

figuran en el anexo II B de la Directiva 2004/18 tienen naturaleza específica. Por lo tanto, al menos algunos de estos servicios presentan características particulares que podrían justificar que la entidad adjudicadora tuviera en cuenta de manera personalizada y específica la oferta presentada por los candidatos a título individual. Así sucede, por ejemplo, con los «servicios jurídicos», los «servicios de colocación y suministro de personal», los «servicios de educación y formación profesional» y, también, los «servicios de investigación y seguridad». Desde esta perspectiva, en consecuencia, el legislador español pudiera limitar la aplicación indiscriminada del art. 63 TRLCSP a todo tipo de servicios.

4. CONTRATACIÓN CONJUNTA DE ELABORACIÓN DE PROYECTO Y EJECUCIÓN DE OBRA: CARÁCTER EXCEPCIONAL

Por su parte, la STS de 17 de octubre de 2011 tiene ocasión de reiterar la doctrina ya consolidada que subraya el carácter excepcional de la contratación conjunta de proyecto y obra, actualmente prevista en el art. 124 del TRLCSP¹⁴⁴. Según la citada sentencia, la justificación de una contratación conjunta de proyecto y obra ha de constar en el expediente administrativo, y debe ser previa a la elección de este sistema para permitir la entrada en juego del sistema excepcional de contratación frente al ordinario. Se exige que además la decisión esté «suficientemente motivada y justificada, ya que podría constituir una vía de escape de la administración para respetar el procedimiento ordinario».

En concreto, el Tribunal concluye con el juzgador *a quo* que la construcción de los ocho centros de educación licitados no presentaba ninguna singularidad respecto a la construcción de cualquier otro centro docente, por lo que no procedía la contratación conjunta de proyecto y obra.

IV. PARTES EN EL CONTRATO. CAPACIDAD Y SOLVENCIA DEL EMPRESARIO

1. INTERPRETACIÓN DE LOS REQUISITOS DE SOLVENCIA TÉCNICA

La SAN de 16 de marzo de 2011, rec. 71/2010 resulta reseñable ya que en aras a garantizar una mayor concurrencia en los procedimientos

144. Hemos tenido ocasión de analizar con detalle la jurisprudencia elaborada al respecto en GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación conjunta de elaboración de proyecto y ejecución de obras», *Contratación Administrativa Práctica*, nº 96 y 97, 2010.

de licitación pública, realiza una interpretación flexible de la acreditación de los requisitos de solvencia.

El objeto del contrato consistía en la consultoría de inspección del armador durante la construcción de dos buques oceanográficos y de investigación pesquera y la cláusula cuya aplicación se discute establecía como requisito de solvencia técnica «haber participado en los 5 últimos años o estar participando en trabajos de proyecto, inspección integral o construcción de al menos dos buques de similares características a los que se va a realizar la inspección». A la hora de interpretar esta cláusula, la AN parte de que la construcción de buques oceanográficos en el Estado español, no es algo usual y cotidiano, siendo hecho notorio que la construcción de este especial tipo de buque se configura en nuestra actividad de ingeniería naval, como algo excepcional y no frecuente. Por ello se concluye que la expresión buques de similares características que contiene el pliego de cláusulas administrativas particulares, a la luz de estos datos fácticos ha de ser objeto de una interpretación jurídica con caracteres extensos, comprensivos de la experiencia y profesionalidad de las empresas adjudicatarias en la realización de tareas de inspección y control en la construcción de buques, que, independientemente de la concreta especificidad de su destino a investigación oceanográfica, presente similares características en el resto de los elementos que buques de ese tonelaje, tamaño, tipo de navegación, tripulación, tipo de propulsión, etc., debe reunir, para cumplir su finalidad.

2. PROHIBICIONES DE CONTRATAR: FALSEDAD

El art. 60.1 e) TRLCSP dispone que no podrán contratar con el sector público las personas que hayan incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el art. 146.1c.) o al facilitar cualesquiera datos relativos a su capacidad o a su solvencia. En este concreto supuesto, la declaración de la prohibición de contratar corresponde a la Administración o entidad a la que se deba comunicar la correspondiente información.

Pues bien, para que proceda la declaración de la prohibición de contratar no es preciso que la falsead sea constitutiva de ilícito penal. En este sentido, la STS de 18 mayo de 2011, rec. 1365/2008) recuerda que ya la Sentencia de 28 de marzo de 2006 (rec. 4907/2003) subrayaba que lo esencial en la prohibición recogida en el citado precepto en cuanto a la falsedad grave, no es tanto que la alteración sea grave ni de la comisión de una falsedad sancionable penalmente como de que se

pretenda mostrar ante la Administración una imagen de la empresa que no corresponde con la realidad en el momento de datación del documento a consecuencia de una modificación documental. De esta forma, lo significativo es la presentación de un documento sustancialmente modificado en su contenido material.

Como señalara la STS de 1 de junio de 2007 (11052/2004), existe una responsabilidad objetiva en los casos en los que se facilitan datos falsos a la Administración, siendo precisamente éste es el extremo decisivo.

V. DURACIÓN DEL CONTRATO Y PROHIBICIÓN DE PRORROGAS NO PREVISTAS INICIALMENTE

La duración de un contrato es uno de sus elementos esenciales, de forma que se ha venido negando la posibilidad de ampliar el elemento temporal del mismo si la prórroga no estaba inicialmente prevista¹⁴⁵. No obstante, en algunas ocasiones se ha admitido esta posibilidad como fórmula de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, sin que en este punto la jurisprudencia sea unánime¹⁴⁶.

Es en este complejo contexto en el que se ha de analizar la reciente STS de 8 de marzo de 2011 (rec. 4149/2008), que ha anulado de la prórroga de una concesión de servicios públicos que amplía sustancialmente la duración inicial del contrato¹⁴⁷. La sentencia resalta a este re-

145. Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 9/1999, de 30 de junio de 1999 y 59/00, de 5 de marzo de 2001. Más recientemente, Informe de la JCCA 61/2008, de 31 de marzo de 2009.

146. En efecto, el Consejo de Estado ha considerado ajustada a Derecho la ampliación del plazo de duración de un contrato cuya prórroga no estaba prevista para compensar al contratista. Así lo hace, por ejemplo, en su dictamen de 26 de junio de 1997, expediente 3291/1997 y en su dictamen de 21 de junio de 2001, dictamen 923/2001. En mismo sentido, *vid.* Dictamen 0991/2009, de 30 de diciembre, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana.

Por su parte, STS 30 de abril de 2001, permite esta forma de compensación al concesionario, precisamente porque así lo consiente de forma expresa la legislación aplicable al supuesto –la relativa a autopistas de peaje–. Del mismo modo, la STS de 4 de mayo de 2005 que cita expresamente la doctrina del Consejo de Estado reseñada, considera que es posible compensar al contratista de las modificaciones impuestas mediante una prórroga del plazo concesional. No obstante, a la solución opuesta llega poco después la STS de 25 de mayo de 2006.

147. Es reseñable que la sentencia tiene su origen en el recurso contencioso-administrativo de lesividad interpuesto por el Abogado del Estado, se discute la adecuación a Derecho de la Resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 30 de julio de 2002 por la que se amplía a 25 años el plazo de la concesión de la terminal pública de contenedores otorgada a la «Compañía Auxiliar del Puerto, SA».

sultado conduce aplicación de los principios de publicidad e igualdad de trato, destacando igualmente que en el supuesto de hecho la iniciativa de la modificación partía del propio contratista. En este sentido, se señala que:

«No cabe duda de que las leyes pueden admitir la posibilidad de prorrogar o ampliar los plazos inicialmente pactados, como mecanismo de compensación para restablecer el equilibrio financiero alterado de las concesiones. Pero si no lo hacen, debe prevalecer el principio general de que los contratos del sector público han de atenerse a la duración en ellos convenida y que al término de ésta se ha de proceder a una nueva convocatoria pública que respete los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y no discriminación e igualdad de trato entre los posibles candidatos. De no ser así, los contratos de gestión de los servicios públicos podrían tener carácter indefinido en la práctica, pues la sucesión de prórrogas o las ampliaciones de plazos impedirían la entrada de nuevos operadores para prestarlos, con grave detrimento del principio de concurrencia [...].

Ya hemos afirmado que no se trataba propiamente de un ejercicio del *ius variandi* durante el período de vigencia del contrato sino, en realidad, de la adjudicación de otro, una vez vencido el primitivo, sin someterlo a los principios de publicidad y concurrencia. El artículo 163 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 junio 2000 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, permitía efectivamente a la Administración modificar por razones de interés público «las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios», hipótesis para la cual se preveía que, si las modificaciones afectaban al régimen financiero, el contratista tenía derecho a la compensación adecuada para mantener el «equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato». Dado que en el supuesto objeto de análisis no hubo una imposición unilateral de la Administración que modificase las características del servicio, sino el asentimiento a una novación contractual ofrecida poco antes de su vencimiento por el adjudicatario del contrato que necesariamente había de extinguirse tras la prórroga admitida «por una sola vez», la Sala de instancia no infringió aquel precepto legal».

En definitiva, aunque como hemos advertido el Tribunal Supremo, de la mano de la doctrina construida por el Consejo de Estado, ha admitido en ocasiones la posibilidad de prorrogar un contrato como fórmula posible para compensar económicamente al concesionario, las últimas sentencias permiten atisbar un cambio de criterio jurisprudencial, mucho más coherente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Aún así, hemos de admitir que la citada STS de 8 de marzo de 2011 no es totalmente concluyente, pues parece basar su decisión en el hecho de que la compensación lo era para permitir la amortización unas obras propuestas por la concesionaria y no por necesidad de restablecer el equilibrio de la concesión de obras.

VI. PRECIO Y CUANTÍA DEL CONTRATO

1. OBRAS COMPLEMENTARIAS: DETERMINACIÓN Y PAGO DEL PRECIO

Según establecía el 141 TRLCAP, podrá utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad previa cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto ni en el contrato, pero que resulte necesario ejecutar como consecuencia de circunstancias imprevistas y su ejecución se confíe al contratista de la obra principal, «de acuerdo con los precios que rigen para el contrato primitivo o que, en su caso, fuesen fijados contradictoriamente». Estableciendo límites mucho más estrictos a la adjudicación de obras complementarias, el precepto concordante en la legislación vigente es el art. 171 b) TRLCSP¹⁴⁸.

Pues bien, la STS de 6 de octubre de 2011 (rec. 796/2008) tiene ocasión de interpretar el concepto de «precios que rigen el contrato definitivo» del art. 141 TRLCAP. En el supuesto, adjudicadas determinadas obras complementarias al contratista de la obra principal, el precio de estas se fijó actualizando el precio de la primitiva al último índice de revisión de precios publicado. No obstante, la contratista considera que el precio debe actualizarse en función de los índices de precios del mes en que se adjudicaron las obras complementarias, aunque este índice se hiciera público unos meses después, por lo que solicita una revisión de precios de las obras complementarias.

El Tribunal Supremo rechaza la pretensión de la contratista, tomando en consideración que aceptó sin reservas los precios fijados en la adjudicación, deviniendo ilícita toda extemporánea discrepancia que sobre el precio convenido exteriorice la adjudicataria en momento posterior a la liquidación de aquél.

Por su parte, la interesante STS de 21 de junio 2011 (rec. 117/2010) analiza si ha prescrito el derecho de la contratista al cobro del importe

148. Sobre el nuevo régimen de modificados, *Vid.* VÁZQUEZ MATILLA: «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible». *Revista Aragonesa de Administración pública* n° 37; BERNAL BLAY, M. A.: «Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos», en obra colectiva *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011; GIMENO FELIU, J. M., *Las reformas legales de la Ley 30/2007. Alcance y efectos prácticos*, Civitas, 2011; PUERTA SEGUIDO, F., «El régimen de la modificación de los contratos del sector público en el RDLeg 3/2011, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público», en *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Dir. GIMENO FELIÚ, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012;

de determinadas obras adicionales. La administración contratante entiende que dicha acción se encontraba prescrita toda vez que el inicio del cómputo debería producirse desde la fecha en que concluyó el servicio o prestación determinante de la obligación. En este sentido, existe un certificado expedido por la Dirección de obras el 24 de marzo de 1994 en el que se hacían constar los trabajos de reparación cuyo coste se reclamaba, y el abono de las obras no se solicitó hasta el 6 de abril de 2006.

No obstante, en el expediente consta igualmente un oficio del Interventor Delegado de 15 de noviembre de 2001 emitido con ocasión de la fiscalización previa del expediente relativo a las modificaciones. La sentencia analiza si dicho oficio interrumpe el cómputo del plazo de preinscripción. Y, por aplicación del art. 1973 del Código Civil, considera que sí lo hace. El reconocimiento de la deuda interrumpe el plazo de prescripción que había comenzado una vez finalizadas las obras adicionales. Por ello, aunque la solicitud de pago se produce doce años después de la finalización de la obra, el hecho de que a lo largo del expediente se reconozca la deuda determina que la misma no haya prescrito.

2. PAGO DEL PRECIO POR APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

Por su parte, la STS de 15 de diciembre de 2011 (rec. 5643/2008) tiene ocasión de reiterar la doctrina sobre el enriquecimiento injusto elaborada en distintas sentencias del Tribunal Supremo, que tienden a proteger al contratista que realiza una prestación sin que, sin embargo, tenga cobertura en el contrato administrativo. En el supuesto de la sentencia que ahora reseñamos, la recurrente acredita que se ejecutaron unidades de obra dispuestas por la Administración contratante y se realizaron además con el conocimiento y el consentimiento de la Administración. En estas circunstancias, el Tribunal Supremo reconoce que:

«el principio del enriquecimiento injusto, si bien en un primer momento, tanto en su inicial construcción, como en la posterior determinación de sus requisitos, consecuencias y efectos, fue obra de la jurisprudencia civil, su inequívoca aplicación en el específico ámbito del Derecho Administrativo, al menos desde los años sesenta del pasado siglo, viene siendo unánimemente admitida, aunque con ciertas matizaciones y peculiaridades derivadas de las singularidades propias de las relaciones jurídico-administrativas y de las especialidades inherentes al concreto ejercicio de las potestades administrativas; [...] Debe recordarse así, conforme ha tenido ocasión de declarar la jurisprudencia de esta Sala Tercera –entre otras, sentencias

4. OBSERVATORIO DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE CONTRATOS...

de 16 de abril de 2002 (rec. 6917/1996), 23 de junio de 2003 (rec. 7705/1997), 18 de junio de 2004 (recurso 2000/1999) y 11 de julio de 2005 (rec. 5557/2000)–, que los requisitos del mencionado principio del enriquecimiento injusto –como los que la jurisprudencia civil ha venido determinando desde la sentencia de la Sala Primera de este Tribunal Supremo de 28 de enero de 1956 –, son los siguientes: en primer lugar, el aumento del patrimonio del enriquecido; en segundo término, el correlativo empobrecimiento de la parte actora; en tercer lugar, la concreción de dicho empobrecimiento representado por un daño emergente o por un lucro cesante; en cuarto término, la ausencia de causa o motivo que justifique aquel enriquecimiento y, por último, la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del citado principio».

Por su parte, la STS de 15 de diciembre 2011 (rec. 2074/2008) recoge esta misma doctrina, si bien no la considera aplicable al supuesto de hecho sobre el que versa el litigio. En este caso, se trataba de un contrato de asistencia técnica de redacción del proyecto básico y de ejecución, y del estudio de seguridad y salud para la rehabilitación de determinada obra. La sentencia concluye que el incremento presupuestario de la posterior ejecución del proyecto básico no ha de suponer un aumento del precio del contrato de asistencia.

Y finalmente, la STS de 30 de junio 2011 (rec. 1357/2009), analiza si determinada empresa tiene derecho al abono de una cantidad en concepto de pago de las unidades de obra no incluidas en el proyecto de construcción de la Autovía de la que es concesionaria. Las obras fueron ejecutadas durante la construcción de la citada infraestructura, debido a la insuficiencia de los caminos de servicios contemplados en el proyecto de construcción. El Tribunal Supremo concluye que aunque la realización de los caminos citados resultaba necesaria para la puesta en servicio de la Autovía, el proyecto adjudicado era el elaborado por la sociedad concesionaria por lo que a ella corresponden los gastos necesarios para la puesta en servicio, de acuerdo con el contrato firmado y el Pliego. La sentencia declara que no cabe que la Administración asuma los posibles errores en el Proyecto, por cuanto el Pliego de Cláusulas Económico-Administrativas establece que «...el adjudicatario asumirá los riesgos y las responsabilidades que se deriven de la redacción del Proyecto de Construcción». De esta forma se recuerda las sentencias de 13 de febrero de 2008 (F. 7 °) y 18 de julio de 2003 (F. 3°) –recursos de casación para la unificación de la doctrina 74/2005 y 254/2002 respectivamente– que afirman que el ámbito propio de aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto:

«[...] son las actuaciones realizadas por un particular en beneficio de un interés general cuya atención corresponde a una Administración pública, y su núcleo esencial está representado por el propósito de evitar que se produzca un injustificado

desequilibrio patrimonial en perjuicio de ese particular. Pero se exige algo más con el fin de que esas situaciones no sean un fácil medio de eludir las exigencias formales y procedimentales establecidas para asegurar los principios de igualdad y libre concurrencia que rigen en la contratación administrativa: el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración».

3. REVISIÓN DE PRECIOS

La STS de 21 de julio de 2011 (rec. 110/2009) tiene ocasión de analizar a una cuestión de gran importancia práctica: la relativa a determinar si son susceptibles de revisión los precios de los contratos de duración inicial inferior a un año, cuando el plazo de ejecución resulta en la práctica superior. En el supuesto que examina, la revisión de precios resultó en su día expresamente excluida en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Contrato en atención al plazo de ejecución inicialmente previsto, de tan sólo once meses. No obstante, por causas no imputables al contratista, la duración del contrato se prorroga unos meses más.

Pues bien, el Tribunal Supremo declara que el contratista no tiene derecho a la revisión de precios. En primer lugar, porque la calificación de los motivos de concesión de la prórroga como no imputables al contratista lo es a los exclusivos efectos de lo dispuesto en el artículo 96.2 del TRLCAP, en cuya aplicación se concede, esto es, para permitir a aquél que cumpla sus compromisos, porque en otro caso, si la demora en la ejecución obedeciera a causa imputable a aquél, de acuerdo con el artículo 95.3 del TRLCAP, la regla general es que la Administración puede optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias que en él se establecen.

En segundo lugar, porque la prórroga del plazo de ejecución del contrato concedida a la contratista no supone la alteración del principio general contenido en el artículo 98 de la TRLCAP, según el cual la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista.

Y en tercer lugar, porque la revisión de precios quedó clara y tajantemente excluida en los documentos contractuales, sin atisbo alguno de la oscuridad que a través de la invocación del artículo 1288 del Código Civil.

La citada doctrina ha sido reiterada por la STS de 22 de noviembre de 2011 (rec. 103/2009). Y había sido ya adelantada por la JCCA, que en su

Informe 47/06, de 11 de diciembre de 2006, que declaró que aun cuando la mayor duración contrato no sea imputable al contratista, los efectos de la misma nunca alcanzarán a la práctica de la revisión de precios.

4. CONTRATOS DE OBRA BAJO MODALIDAD DE ABONO TOTAL DEL PRECIO E INTERESES DE DEMORA

El contrato de obra bajo modalidad de abono total del precio, se recoge en el art. 127 TRLCSP. Según este precepto, la Administración satisfará el precio mediante un único abono efectuado en el momento de terminación de la obra, obligándose el contratista a financiar su construcción adelantando las cantidades necesarias hasta que se produzca la recepción de la obra terminada. En estos casos, añade el citado precepto, los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán incluir las condiciones específicas de la financiación, así como, en su caso, la capitalización de sus intereses y su liquidación, debiendo las ofertas expresar separadamente el precio de construcción y el precio final a pagar, a efectos de que en la valoración de las mismas se puedan ponderar las condiciones de financiación y la refinanciación, en su caso, de los costes de construcción. Por su parte, el art. 7.2 del RD 704/1997, de 16 de mayo, por el que se regula el régimen jurídico, presupuestario y financiero del contrato administrativo de obra bajo la modalidad de abono total del precio añade que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61.5 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, el pago del precio al que se refiere el apartado anterior, podrá fraccionarse en distintas anualidades, con un máximo de diez años.

Pues bien, la aplicación de este precepto ha planteado la duda de si procede el reconocimiento de intereses moratorios en los supuestos que se haya optado por el fraccionamiento del precio del contrato.

La solución a esta pregunta es claramente negativa. Así, la STS de 14 de junio de 2011 (rec. 1527/2008) ha reiterado la doctrina establecida en la STS de 12 de marzo de 2008 (rec. 4205/05) y 18 de diciembre de 2008 (rec. 5212/2005). Los contratos de obra bajo la modalidad de abono total del precio, suponen una excepción al régimen general que en materia del pago del precio se establecen por nuestro ordenamiento. Por tanto, el hecho de que la Administración se haya acogido a la posibilidad de fraccionar el pago implica que no debe abonar intereses por dicho fraccionamiento¹⁴⁹.

149. En el supuesto que se analiza, el pliego de condiciones incluyó la siguiente cláusula:

«PAGO DEL PRECIO

17.1. El precio que figure en el contrato se pagará al final de la obra.

Ahora bien, la solución es radicalmente opuesta si el pliego de condiciones prevé el pago del precio en una única anualidad. Así lo ha declarado la STS de 22 de noviembre de 2011 (rec. 6419/2010) en un supuesto en el que la cláusula del pliego controvertida establecía que «dentro de la anualidad en la que tenga lugar la entrega de la obra, una vez terminada y recibida la misma, la Administración abonará, al contratista de aquélla, el importe P [...]». En el supuesto, la Administración abonó la certificación final de obras transcurridos once meses desde la recepción. Pues bien, el TS reconoce a favor de la adjudicataria el derecho a la percepción de los intereses de demora devengados a partir del transcurso de cuatro meses desde la recepción. En este sentido considera aplicables los arts. 147 y 99 TRLCAP (actuales 235 y 216 TRLCSP) ya que, de otro modo la Administración, unilateralmente, «podría decidir con independencia del momento de recepción de la obra, cuándo, dentro de dicha anualidad, consideraba procedente su abono, generando, en consecuencia, dicha interpretación un claro desequilibrio contractual sin apoyo normativo alguno».

VII. PREPARACIÓN DE LOS CONTRATOS. EL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN

1. OMISIÓN DEL INFORME ACREDITATIVO DE LA NECESIDAD E IDONEIDAD DEL CONTRATO

La STS de 3 de noviembre de 2011 (rec. 2757/2009) resulta especialmente reseñable porque resalta la importancia de respetar formalmente el procedimiento de preparación del contrato, especialmente en lo que respecta a la acreditación de la necesidad de contratar.

En efecto, la sentencia que ahora reseñamos ha declarado que la

El precio total y final de la obra que la Administración pagará al empresario será el que resulte de la aplicación de los precios unitarios del presupuesto, afectados por la baja, a la medición de la obra realmente ejecutada, incrementado en la revisión de precios y en la compensación financiera, tal como se fijó en el cálculo definitivo de los costes de financiación y reducido en su caso en las ayudas de Fondos Europeos recibidas y en la corrección de la compensación financiera.

17.2. El abono del precio se documentará a partir de la fecha de terminación total de la obra. Si existe diferencia positiva, entre el precio total y final definido en el punto 18.1 y el pago a realizar a la entrega de la obra tal como figura en el contrato, se abonará dentro de las tres anualidades siguientes a la de la citada entrega.

17.3. Si la Administración incurriere en mora en el pago, abonará al empresario el interés establecido en el artículo 100 LCAP, a contar dos meses desde la recepción de la obra».

omisión del informe relativo a la justificación del contrato que requería el art. 202.1 TRLCAP¹⁵⁰ constituye un vicio de nulidad. Ello es así porque, según razona el órgano jurisdiccional, la exigencia del artículo 202.1 de que se «justifique debidamente» que concurren determinadas circunstancias de hecho, cuya existencia es presupuesto para poder contratar, va más allá de lo que ordinariamente se entiende como el deber de «motivar» determinadas actuaciones de la Administración; y ello, no solo porque el precepto habla de «justifica» y no de «motivar o motivación», sino porque a dicho verbo le acompaña el adverbio debidamente, lo que indica que no basta con que se haga explícita referencia a que se dan los supuestos de hecho de la norma, sino que además es preciso que tales supuestos de hecho queden acreditados de manera suficiente. En los términos de la citada sentencia,

«[...] la Administración incurrió en infracción del ordenamiento jurídico, al omitir un trámite del procedimiento esencial para proceder a la contratación externa, previsto expresamente la Ley, cual era justificar debidamente que la Administración no estaba en disposición con sus propios medios de cubrir las necesidades que se trataban de satisfacer a través del contrato, aunque discrepamos del recurrente en cuanto a que en este Informe se debiera justificar o motivar por qué se reservaba la adjudicación de la contratación a unos profesionales o a otros. Lo que se debía justificar era la necesidad, en sí misma, de acudir a unos profesionales externos a la Administración.

Y no consideramos aceptable la sucinta argumentación de la sentencia recurrida al respecto, que, tras reconocer, como se señaló antes, la existencia de la omisión que analizamos, y calificarla no como causa de nulidad de pleno derecho, sino, en su caso, de anulabilidad, niega que se den los requisitos para ésta, por no ser causante de indefensión, pues con ello, se está partiendo de modo implícito de que la exigencia del art. 202.1 del TRLCAP es meramente un requisito de forma, cuya omisión, en su caso, solo es causa de nulidad cuando causa indefensión o cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensable para alcanzar su fin (art. 63.2 Ley 30/1992). Sobre el particular no consideramos que la exigencia legal del presupuesto habilitante de la posible contratación a la que se refiere el art. 202.1 TRLCAP pueda considerarse simplemente como un mero requisito de forma, o una simple deficiencia de motivación [...]».

Como es de sobra conocido, en la actualidad el art. 22 TRLCAP dispone que los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para

150. Bajo el título de «Justificación del contrato y determinación del precio», dicho precepto disponía que: «Al expediente de contratación deberá incorporarse un informe del servicio interesado en la celebración del contrato, en el que se justifique debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales con que cuenta la Administración para cubrir las necesidades que se trata de satisfacer a través del contrato».

el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto –continúa el precepto– la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación. Por su parte, el art. 109 TRLCSP establece que la celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el art. 22 de esta Ley. En nuestra opinión, en la interpretación de estos preceptos debe mantenerse el mismo nivel de exigencia en la motivación que establece la comentada STS de 3 de noviembre de 2011.

2. ¿CONCURSO DE PROYECTOS O PROCEDIMIENTO ABIERTO?

La STSJ de País Vasco de 23 Mayo 2011 (rec. 586/2010) analiza legalidad de la convocatoria mediante procedimiento abierto de la contratación de la redacción de los proyectos y dirección facultativa de las obras de un edificio destinado a Centro Cívico. La recurrente considera que debió utilizarse el procedimiento específico del art.168.2 de la LCSP (ahora art. 184.2 TRLCSP) y no el procedimiento abierto.

Para resolver la cuestión, el Tribunal parte de que la redacción de proyectos de construcción puede integrarse en un contrato de obra o bien, cuando es independiente de este, tratarse de un contrato de servicios.

Y destaca que en el supuesto en estudio el expediente no sólo ofrece un extraordinario detalle de cómo ha de ser la edificación para la que se ofertan la redacción de planos y proyectos, sino que se está ofertando simultáneamente la dirección de la obra. Esta es inmediata y, en suma –añade la sentencia–, la oferta tiene lugar en el seno del procedimiento de adjudicación más amplio pero de un contrato de obra. Lo principal, lo esencial, sería este resultado.

En el mismo sentido, ya se había destacado¹⁵¹ que el concurso de proyectos no constituye la adjudicación de un contrato de redacción de proyectos, sino que nos encontramos en una fase anterior, en la que la Administración, fijadas las características que ha de contener el proyecto que ha de redactarse, convoca lo que podría considerarse un concurso

151. J. M. GONZÁLEZ PUEYO, «Comentario al art. 172», en *Contratación del Sector Público Local*, 2ª ed., La Ley, 2010, p. 965.

de ideas que podrá dar lugar a un contrato de servicios. Así lo ha entendido con mayor claridad que la sentencia que reseñamos la STSJ del Principado de Asturias de 15 de febrero de 2000 según la cual «en el referido art. 216 (se refiere al TRCAP) no se regulan todos los contratos de elaboración de proyectos de obras, sino una simple especialidad, la de aquellos que se desarrollan por medio de concurso con intervención de un Jurado, señalando que la tramitación que debe seguir esta modalidad de contratación, no supone que todo contrato de elaboración de proyectos debe seguir este sistema de contratación por medio de concurso con intervención de Jurado como se pretende».

3. LA INCLUSIÓN DE LA EXPERIENCIA COMO CRITERIO DE ADJUDICACIÓN

La STS de 24 de noviembre de 2011 (rec. 305/2008) rechaza una vez más la inclusión de un criterio que valoraba la experiencia como criterio de adjudicación. La sentencia, en aplicación de la doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en la STJUE de 20 de septiembre de 1988 (Beentjes) y de 16 de septiembre de 1999 (Metalmecanica Fracasso) considera que «el criterio de adjudicación referido al conocimiento del territorio es contrario al principio de libre competencia que para la contratación administrativa rige en nuestro derecho de conformidad con lo dispuesto en la normativa de la hoy Unión Europea, pues equivale a utilizar la experiencia como criterio de adjudicación». En este sentido, no deja de ser sorprendente que la sentencia concluya que el conocimiento del territorio que resulta imprescindible para llevar a cabo con la adecuada eficacia el objeto del contrato es de presumir «en cualquier empresa española que, dedicada a la actividad objeto de la contratación, opere habitualmente en nuestro país». Porque, en definitiva, parece anular un criterio discriminatorio por premiar el arraigo regional, sin que en principio –en una lectura quizá excesivamente literal de la sentencia– parezca reprochable incluir un criterio que valore el arraigo nacional, lo que sería igualmente discriminatorio¹⁵².

Por su parte, la STG de 20 de septiembre de 2011, as. T-461/08, Evropaïki Dynamiki, declara ilegal el criterio de adjudicación «Capaci-

152. Vid. GALLEGO CÓRCOLES, I., «La valoración de la experiencia en los procedimientos de licitación», *Contratación Administrativa Práctica*, nº 51, 2006, pp. 37 y ss. En todo caso, para que la experiencia pueda incorporarse como criterio de selección ha de respetar el principio de no discriminación. Sobre todo ello, Vid. GALLEGO CÓRCOLES, I., «Procedimiento restringido (I)», *Contratación Administrativa Práctica*, nº 103, 2010, p. 58 y ss.

dad para suministrar un equipo procedente de sus propios recursos» incluido en el marco de un contrato de prestación del servicio de asistencia para el mantenimiento, apoyo y desarrollo de un sistema informático. Y es que los principios de proporcionalidad y de igualdad de trato y el apartado 2.5.1.2 de la Guía de adjudicación de los contratos del BEI, que aplica estos principios, se oponían a que el BEI tuviera en cuenta la capacidad de los licitadores para suministrar todos los servicios esperados en el marco del contrato, no en concepto de «criterio de selección» de los contratistas, sino en concepto de «criterio de adjudicación» del contrato, y a que se basara para ello en un criterio impreciso que podía favorecer, en la práctica, al licitador seleccionado, que era también el contratista in situ que había prestado con anterioridad los servicios controvertidos.

VIII. ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS

1. FALTA DE CONTESTACIÓN POR ESCRITO DE UNA DUDA PLANTEADA POR UN LICITADOR ANTES DE PRESENTAR SU OFERTA

La STS de 22 de julio de 2011 (rec. 6300/2009) resuelve un supuesto en el que un licitador duda sobre la concreta documentación que debe aportar para acreditar el cumplimiento de uno de los requisitos del pliego. La consulta fue formulada por escrito, y según alega la recurrente, la Administración le informó verbalmente en un sentido, resolviendo después en otro.

En estas condiciones, el licitador interpone recurso contencioso-administrativo alegando que al no haber contestado la Administración a esta consulta se ha infringido el principio de publicidad de la licitación. Igualmente, en opinión del interesado, se habría vulnerado el principio de buena fe, además del contenido material del principio de publicidad que obligaría a la Administración a ser plenamente transparente en la licitación para no perjudicar la igualdad de oportunidad y el derecho de concurrencia de todos los licitadores.

Frente a ello, el TS considera que no se ha desconocido el principio de publicidad, ni de buena fe y confianza legítima que debe regir el procedimiento de contratación administrativa. Y que el principio de publicidad estaba garantizado con la publicación del pliego de cláusulas administrativas, cuya claridad no ofrecía dudas¹⁵³. Se añade además que

153. La cláusula controvertida es la siguiente: «Los licitadores incluirán, asimismo, en ese sobre la siguiente documentación técnica: a) vehículos de que dispone la empresa para efectuar el servicio (anexo XII) adecuados a las necesidades de todas

la falta de respuesta de una consulta a la Administración –no existe prueba de la respuesta oral– en relación con una cláusula como la referida no puede interpretarse por sí sola como contraria al principio de buena fe.

2. ACTUACIONES DE LAS MESAS DE CONTRATACIÓN

2.1. La sustitución del Secretario de la mesa de contratación no provoca la invalidez de sus acuerdos

La STS de 9 de diciembre de 2011 (rec. 202/2008) analiza un supuesto en el que a la reunión de la mesa de contratación en la que se decide la adjudicación del contrato no asistió el secretario de la mesa, que fue sustituido por uno de los vocales. El Tribunal Supremo no aprecia causa de invalidez alguna ya que:

«el ámbito de la contratación administrativa, el artículo 62.1.e) de la Ley 30/92, modificada por la Ley 4/99, incluye entre los supuestos de nulidad de pleno derecho, prescindir de las reglas para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, lo que implica, a juicio de la doctrina científica, la omisión flagrante y global del trámite omitido. En el caso examinado, teniendo en cuenta la norma de aplicación y la consideración de los números 2 y 3 del artículo 25 de la Ley 30/92 que carecen de carácter básico, como ha declarado la STC nº 50/1999 de 6 de abril su aplicación supletoria, la designación, dice el artículo 25.2, as como la sustitución temporal de Secretario en su puesto por vacante, ausencia o enfermedad se realizar de acuerdo con las normas específicas del órgano y en su defecto, por acuerdo del mismo, por lo que, la sustitución temporal del Secretario se realiza según dicha norma específica, concurriendo la circunstancia de que la Directora del Servicio de Contratación actuó con voz y voto en su condición de Vocal y con voz como Secretaria, a tenor de la previsión supletoria del artículo 25.3.a) de la Ley 30/92, por lo que cabe concluir, en este punto, reconociendo la ausencia de vulneración del artículo 62.1.e) de la Ley 30/92, modificada por la Ley 4/99, al faltar los presupuestos legales de aplicación.

2.2. Propositiones simultáneas y admisibilidad de ofertas presentadas por empresas del mismo grupo

En la actualidad, el art. 145.3 TRLCSP establece que cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 147 sobre admisibilidad de variantes y mejoras y en

las rutas que componen el lote, indicando la matrícula de los mismos (si se encuentra en proceso de matriculación se hará constar dicha circunstancia, justificándolo documentalmente) y, su titularidad y fecha de matriculación. El pliego también exigía la aportación de los seguros de los vehículos en vigor en la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones. Este último documento no fue aportado por la recurrente.

art. 148 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. La razón de la prohibición de presentar proposiciones simultáneas se justifica, según la STS de 22 de noviembre de 1987, en «cortar cualquier tipo de maniobra dentro del procedimiento de selección del contratista». O dicho en otros términos, el fundamento de dicho principio es asegurar la concurrencia de los licitadores en igualdad de condiciones sin posibilidad de que un solo licitador compita contra sí mismo con varias alternativas¹⁵⁴. La acotación en esos términos de la concurrencia se basa también en consideraciones de asegurar la seriedad de las ofertas (STSJ Castilla-la Mancha de 28 de febrero de 2001).

La STS de 24 de octubre de 2011 (rec. 1938/2009) tiene ocasión de confirmar la admisibilidad de ofertas presentadas por empresas del mismo grupo. Para ello parte de que la única limitación que el precepto aplicable (art. 80 TRLCAP) establecía estaba referida a que cada licitador presentara una sola proposición, concretándose dicha limitación para el supuesto de uniones temporales de empresas, que no es el caso.

Es más, «tanto de lo previsto en los artículos 83.3 y 86.4 del Texto Refundido, como en el artículo 86 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 –en las redacciones aplicables–, se deduce la posibilidad de que empresas pertenecientes al mismo grupo puedan presentar proposiciones individuales, ya que, sin prohibir tal posibilidad, la única limitación que contienen esta prevista en lo relativo al precio de las ofertas para los supuestos en los que la forma de adjudicación del contrato fuese la subasta, o bien cuando siendo aquélla el concurso, el precio ofertado fuera uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación¹⁵⁵».

154. Vid. GALLEGO CÓRCOLES, I., «Régimen jurídico de presentación de las proposiciones (y II)», *Contratación administrativa práctica*, n° 50, 2006, pp. 43 y ss.

155. En este sentido, el último párrafo del mencionado artículo 83.3, con referencia a las bajas desproporcionadas o temerarias, establecía que «a los efectos del párrafo anterior no podrán ser consideradas las diversas proposiciones que se formulen individualmente por sociedades pertenecientes a un mismo grupo, en las condiciones que reglamentariamente se determinen », y el artículo 86.4 disponía que «en los supuestos contemplados en el apartado anterior, se estará a lo dispuesto, para las subastas, en el artículo 83, en lo que concierne a la tramitación de las proposiciones y garantía a constituir, sin que las proposiciones de carácter económico que formulen individualmente sociedades pertenecientes a un mismo grupo, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, puedan ser consideradas a efectos de establecer el precio de referencia para valorar las ofertas económicas e identificar las que deben considerarse como desproporcionadas o temerarias». Por su parte el artículo 86.1 Real Decreto 1098/2001, tenía análogas previsiones

2.3. Defectos y omisiones subsanables

La STS de 23 de septiembre de 2011 (rec. 1080/2008) analiza la adecuación a Derecho del requerimiento de una mesa de contratación, que a fin de aplicar un criterio de adjudicación que bonifica el empleo de trabajadores fijos discapacitados, solicita documentación a determinada empresa relativa a la estabilidad en el empleo de una de sus trabajadoras discapacitadas. El plazo de subsanación finalizaba el 6 de junio de 2005. Ese mismo día, la empresa presenta una comunicación al Inem –fecha sin embargo el 3 de mayo de 2005– de conversión en indefinido del contrato de trabajo temporal de la trabajadora discapacitada.

Pues bien, el TS considera inadmisibles dicha subsanación pues, a su entender, la conversión de contrato temporal a fijo se produjo una vez ya había finalizado el plazo de presentación de las ofertas, ya que considera razonable tener en cuenta no la fecha del documento presentado, sino el de su aportación. Así,

«La transcripción que antes se ha hecho de la sentencia recurrida pone de manifiesto que la fecha en que sitúa la concurrencia del requisito sustantivo de la contratación de una trabajadora es aquella en que se presentó al INEM, esto es, la de 6 de junio de 2005, y este es el dato que considera decisivo para considerar extemporánea la subsanación.

Pero es que, previamente, la sentencia de la Sala de Canarias declara que la invitación a corregir un contrato temporal mediante su conversión en definitivo va mucho más allá de la subsanación formal que resulta permisible.

Esos razonamientos no constituyen las infracciones que pretenden denunciarse en el recurso de casación porque, aunque no se tome en consideración la declaración de la sentencia «a quo» que sitúa el límite temporal para la subsanación de defectos en las fechas de publicación de la convocatoria (26 de abril y 3 de mayo de 2005), lo cierto es que es razonable su decisión de considerar realizada la polémica contratación en esa fecha de 6 de junio de 2005, fecha que es posterior al día en que, según la recurrente expiró el plazo para presentar las proposiciones (el 27 de mayo de 2005)».

Por su parte, la STS de 11 de mayo de 2011 (rec. 5701/2008) analiza un supuesto realmente controvertido. En el marco de determinado procedimiento de licitación, una empresa no incluye dentro del sobre 1 el documento acreditativo de la perceptiva clasificación. No obstante, sin

recogiendo expresamente el supuesto de que empresas pertenecientes a un mismo grupo presentaran distintas proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación de un contrato, con la única previsión –siempre dentro del ámbito del 86.4–, de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares pudieran establecer el criterio o criterios para la valoración de las proposiciones formuladas por empresas pertenecientes a un mismo grupo.

requerir subsanación, el órgano de contratación adjudica el contrato a la citada empresa. Se discute si la adjudicación es simplemente anulable, al haber concurrido un motivo de invalidez meramente procedimental, o si, por el contrario, el contrato es nulo, al haberse celebrado con una empresa que carecería de la capacidad de contratar. La sentencia partiendo de la aplicabilidad del art. 71 de la Ley 30/1992 considera que la Administración debió requerir la subsanación de las omisiones relativas a los documentos que acreditaban la capacidad y solvencia económica, financiera, técnica o profesional para contratar con la administración, no así las proposiciones de los interesados relativas a la oferta económica. Pero que aún así, no se ha incurrido en vicio de nulidad. En definitiva, la sentencia considera que la falta de aportación del certificado de clasificación es un defecto subsanable.

La solución no deja de sorprender, habida cuenta que según la línea jurisprudencial predominante¹⁵⁶, es sólo subsanable la documentación defectuosa –es decir, en la que, habiendo sido aportada, concurre algún defecto–, pero no aquella que no se ha presentado. Probablemente la fundamentación y fallo de la sentencia esté influenciada por lo peculiar del litigio que la da origen, pues se discutía la calificación del actuar administrativo como nulo o simplemente anulable a efectos del eventual reconocimiento de una compensación de daños y perjuicios al recurrente¹⁵⁷.

Mucho más atinada, por todo ello, parece la STSJ Cataluña de 27 de mayo de 2011 que considera insubsanable la inclusión en la proposición económica del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales dentro de los costes del concesionario, cuando ello se hace en contra de lo previsto por el pliego. En estos casos, no procede ni conceder plazo de subsanación, ni mucho menos –como sucedió en el supuesto– que la propia Administración reelabore la oferta del contratista.

2.4. Fijación de subcriterios de adjudicación con posterioridad a la apertura de las ofertas

La STS de 7 Julio 2011 (rec. 4270/2009) ha reiterado la discutible doctrina jurisprudencial contenida en la STS de 18 de julio de 2006 (rec.

156. Vid. GALLEGO CÓRCOLES, I. «Composición y funciones de las mesas de contratación (I)», *Contratación administrativa práctica*, nº 38, 2005, pp. 70 y ss.

157. La sentencia de instancia (STSJ de Castilla y León de Valladolid, de 23 Septiembre 2008, rec. 1566/2001) anuló la adjudicación, sin reconocer, no obstante, indemnización alguna a favor de la recurrente por haber quedado ésta incluida por debajo del umbral mínimo de puntuación.

693/2004) según la cual es posible la fijación de subcriterios de adjudicación incluso una vez se ha estudiado la documentación presentada por las licitadoras. En este sentido, la sentencia que ahora reseñamos insiste en que dicha facultad esta prevista en el pliego de condiciones, sin que hubiese sido cuestionada por ningún licitador.

Por otro lado, la sentencia subraya que existiendo, como existe un órgano técnico para efectuar la evaluación y habiendo este señalado los criterios de adjudicación, conforme a reiterada doctrina del Tribunal Supremo (sentencias 11 de diciembre de 1998, 14 de julio de 2000 y 13 de octubre de 2004) y del Tribunal Constitucional (sentencia de 17 de mayo y auto 8 de junio de 1983) la revisión de esa evaluación, solo podía aceptarse, cuando, bien, no hubiera aplicado a todos los concursantes los mismos criterios, bien cuando esa evaluación no se ajustara a los bases del concurso, bien cuando existiera dolo, coacción o error manifiesto.

Así, los dos supuestos que el recurrente menciona, el relativo a que la Comisión señalara los criterios después de abrir los sobres, y el relativo a que fijo un mínimo del 50%, por si solos, no solo no justifican ninguna irregularidad que tenga aquí trascendencia, sino que se pueden estimar adecuados, pues en relación con el primero, sin ver el contenido de las ofertas ciertamente que es difícil establecer unos criterios de evaluación y desde luego no es admisible una alegación de parcialidad por ese solo hecho, sin alegar y acreditar algún dato que la justifique. En segundo lugar, para el Tribunal Supremo, establecer un mínimo de puntuación, resulta obviamente adecuado si se trata de evaluar un concurso con ofertas plurales y complejas.

Pese a todo ello, ha de tenerse en cuenta que la TJUE de 24 de enero de 2008, Lianakis AE, C-532/06¹⁵⁸ ha declarado que el Derecho comunitario de la contratación pública, interpretado a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicataria fije a posteriori tanto los coeficientes de ponderación como los subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación. En el supuesto, los criterios fueron fijados antes de la apertura de las ofertas, por lo que no hemos sino

158. Vid. GALLEGO CÓRCOLES, I., «Criterios de adjudicación del contrato público y principio de transparencia en la jurisprudencia del TJCE», *Contratación administrativa práctica*, nº 87, 2009, pp. 59 y ss.

resaltar lo cuestionable que resulta la sentencia del Tribunal Supremo reseñada.

3. REQUISITOS PARA LA DECLARAR DESIERTO UN CONCURSO

Como es sobradamente conocido, no podrá declararse desierto una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que se admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego (art. 151.3 TRLCSP).

La interesante STS de 6 Julio 2011 (rec. 735/2008) avanza en los mecanismos de control de la potestad de declarar desierto el concurso, pues entra a valorar no tanto si realmente la oferta cumplía técnicamente los requisitos del pliego sino si la Administración empleo los medios adecuados para determinar su falta de adecuación a los documentos contractuales.

El litigio versa sobre un procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro de gafas de visión nocturna. La Administración declaró desierto el concurso, al estimar que ninguna oferta cumplía los requisitos de las prescripciones técnicas. Una de las concursantes impugna esta decisión, por considerar que los medios empleados para comprobar estos requisitos técnicos no eran en absoluto adecuados, al realizarse con equipos obsoletos y por parte de personas que no contaban con la titulación técnica necesaria.

La sentencia con acierto subraya que la discrecionalidad técnica de la goza la Administración en no es ni mucho menos ilimitada. Y declara que no es válido cualquier tipo de soporte objetivo a efectos de realizar la valoración técnica de las ofertas. En este caso concreto, la Administración debió expresar, frente a las detalladas y precisas críticas que la empresa hizo al concreto método de comprobación cuya utilización le fue comunicada, qué otros concretos métodos de comprobación pudieron haberse empleado de manera adicional con aquel, o cuáles eran los justificantes que permitían considerar técnicamente aceptable el método utilizado por la Administración.

IX. REVISIÓN DE DECISIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

1. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA INTERPOSICIÓN DE RECURSO

La determinación de la legitimación activa para interponer recurso contra las decisiones adoptadas en el ámbito de procedimientos de con-

tratación es, en determinados supuestos, casuísticas¹⁵⁹. En el período analizado se ha producido pronunciamientos de interés, tanto de nuestro Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, como de los Tribunales de la Unión Europea.

En primer lugar, la STC 58/2011 de 3 de mayo 2011 ha admitido la legitimación de un sindicato para recurrir la licitación, mediante concurso público, de un contrato administrativo para el desarrollo de tareas organizativas, asistenciales y de seguimiento del centro de reeducación de menores. La legitimación del sindicato fue negada en todas las instancias anteriores, lo que, a juicio del intérprete supremo de la Constitución, supone que las resoluciones judiciales impugnadas partieron de un entendimiento del concepto de interés profesional o económico incompatible con las exigencias derivadas del art. 24.1 CE. En palabras de la sentencia reseñada,

«la licitación del contrato administrativo para el desarrollo de tareas organizativas, asistencia y seguimiento en el centro de reeducación de menores conllevaba la sustitución de personal funcional por trabajadores carentes de dicha condición, y ello afectaba, en el más amplio sentido, al personal funcional del centro de reeducación de menores y a sus condiciones laborales y expectativas profesionales. Y en cuanto al beneficio profesional y económico resultante de la eventual estimación del recurso contencioso-administrativo, éste es claro, como señala el Ministerio Fiscal, ya que tanto el sindicato demandante como los funcionarios afectados, y en especial los afiliados de aquél, obtendrían una serie de beneficios, o más precisamente, evitarían los perjuicios denunciados, en la medida en que los funcionarios recuperarían los puestos de trabajo, a los que podrían retornar los directamente afectados, o bien optar a ellos otros funcionarios. Motivo suficiente para fundamentar la conexión de interés del sindicato demandante, sin perjuicio de que también pueda existir un efecto reflejo beneficioso derivado del posible incremento de prestigio, nuevos afiliados y mayores ingresos».

Por su parte, la STS de 14 de julio de 2011 (rec. nº 3163/2008) declara que el recurrente carece de legitimación activa para la impugnación de las bases, pliegos y adjudicación de un contrato administrativo, ya que, pese a que al concurso se le dio la publicidad adecuada, no concurrió a la licitación. Y es que en el supuesto, el interesado carece de interés legítimo, ya que de anularse la adjudicación ninguna ventaja habría de obtener el recurrente pues esta habría de recaer en el mejor postor del resto de los empresarios participantes en el concurso, nunca en el recurrente al no haber participado en dicho concurso.

159. He tenido ocasión de ocuparme de estas cuestiones en GALLEGO CÓRCOLES, I., «Legitimación para instar la revisión de decisiones en materia de contratación pública», *Contratación administrativa práctica*, nº 75, 2008, pp. 45 y ss. y «Jurisprudencia europea y recurso especial», en el número 116, 2011, de la misma Revista.

Por su parte, la STJ de Madrid, de 26 de julio 2011, rec. 499/2010, admite que los concejales de la oposición, integrantes del Consejo Rector del Patronato Municipal de Cultura de determinado municipio, ostentan legitimación activa para impugnar la adjudicación de un contrato por parte del Patronato municipal. Así, para la Sala,

«no ofrece duda que los recurrentes han interpuesto el presente recurso en su condición de miembros del Consejo Rector del Patronato Municipal de Cultura de Boadilla del Monte, estando legitimados para impugnar los acuerdos adoptados por el órgano colegiado a que pertenecen, pues su interés, en calidad de miembros del Consejo Rector se traduce en un interés concreto— inclusive podría hablarse de una obligación— de controlar su correcto funcionamiento, como medio de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la Comunidad vecinal, constando en los Estatutos del Patronato como fin de éste la promoción de la cultura en beneficio de los habitantes del municipio de Boadilla del Monte, fin en que se inserta la adjudicación del contrato hoy impugnada».

Por su parte, dos recientes sentencias interpretan el concepto de legitimación en Derecho de la Unión Europea. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (*vid.*, por ejemplo, la sentencia de 28 de octubre de 1999, Alcatel Austria, As. C-81/9), la legitimación para instar un procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665 debe interpretarse de manera amplia y, por tanto, reconocerse a cualquier persona que pretenda obtener un determinado contrato público objeto de licitación. Pues bien, en este sentido, y utilizando un canon interpretativo quizá en exceso estricto¹⁶⁰, la STJUE de 9 de junio de 2011, C-401/09P, *Evropaïki Dynamiki* y STG de 13 de diciembre de 2011, T-8/09, *Dredging International*, han negado la legitimación para impugnar la adjudicación de un contrato al licitador que fue debidamente excluido por el poder adjudicador. Según el apartado 49 de la primera de las sentencias citadas:

«[...] un demandante no puede albergar un interés legítimo en la anulación de una decisión con respecto a la cual resulta de antemano patente que sólo podría

160. No puede dudarse de que en nuestra jurisprudencia el concepto de «interés legítimo es más amplio que el mero del interés en obtener la adjudicación del contrato licitado, Sirva como ejemplo paradigmático la STS de 24 de septiembre de 1992 (rec. 4450/1990) que entiende legitimado al recurrente ya que, de prosperar su tesis según la cual el acto de la convocatoria del concurso que es objeto de la litis fuera nulo de pleno derecho y, como consecuencia de ello, esta nulidad radical se proyectase sobre la adjudicación, de tal modo que ello obligase a la Administración a convocar nuevo concurso, modificando las bases cuya nulidad postula el recurrente, ello le produciría el beneficio de poder participar en el nuevo concurso, con la consiguiente opción a resultar adjudicatario. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional adopta una posición muy ponderada en relación con estas cuestiones. *Vid.* SSTC 144/2008, de 10 de noviembre y 183/2009, de 23 de septiembre.

ser nuevamente confirmada con respecto a tal demandante (*vid.*, en este sentido, la sentencia de 20 de mayo de 1987, Souna/Comisión 432/85, Rec. p. 2229, apartado 20) y, por otra, no procede admitir un motivo de anulación, por inexistencia de interés en ejercitar la acción, cuando, aun suponiendo que sea fundado, la anulación del acto impugnado sobre la base de tal motivo no podrá satisfacer al demandante (*vid.* en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 1973, Marcato/Comisión, 37/72, Rec. p. 361, apartados 2 a 8).»

Aunque, como ya hemos señalado, nuestra jurisprudencia ha abandonado las posiciones más restrictivas en torno a la legitimación en materia de contratación, la doctrina europea que acabamos de reseñar se contiene en la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 13 octubre de 2011, rec. 211/2011¹⁶¹. De esta forma pudiera plantearse la existencia un doble régimen de legitimación, «cualificado» o estricto en el caso del recurso especial –limitado a los licitadores que pudieran resultar adjudicatarios – y ordinario en el supuesto de los demás recursos disponibles en materia de contratación –que se extendería a todos los portadores de intereses legítimos– . Lo que no parece no obstante, tener acomodo en el art. 42 TRLCSP. Como pone de manifiesto GIMENO FELIU, 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 recurso¹⁶².

2. MOTIVACIÓN SUFICIENTE Y COMIENZO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

La STG de 20 de septiembre de 2011, as. T-461/08, *Evropaïki Dynamik*, no resuelve un supuesto en el que sea de aplicación la Directiva de Recursos, ya que se refiere a la adjudicación de un contrato por parte de una institución comunitaria, en concreto el BEI. En cualquier caso, resulta relevante destacar que, según la misma, el plazo de interposición

161. No es ésta, desde luego, la posición unánime de los Tribunales Administrativos Contractuales. *Vid.* BERNAL BLAY, M. A., «Observatorio de Resoluciones de Tribunales Administrativos Contractuales», en esta misma obra.

162. GIMENO FELIU, J. M., *Las reformas legales de la Ley 30/2007. Alcance y efectos prácticos*, Civitas, 2011. *Vid.* igualmente DIEZ SASTRE, S., *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, 2012 pp. 169 y 170.

del recurso sólo comienza a correr a partir de la notificación de la decisión motivada. Y en este sentido, y este es quizá el pronunciamiento más relevante de la sentencia en este ámbito, no se considera suficiente una motivación que, en forma de nota cuantitativa, permita al interesado comparar para todos los criterios de adjudicación, la puntuación conseguida por su oferta con la conseguida por la oferta del licitador seleccionado. Así,

«[...] tratándose de un procedimiento de licitación en el que la demandante era la más barata, al haber presentado la oferta menos elevada de todas las ofertas que debían ser comparadas y haber visto desestimada su oferta, por tanto, únicamente porque se había considerado que el valor técnico de dicha oferta era relativamente inferior al de la oferta del licitador seleccionado, procede declarar que esta motivación, aunque constituyese un principio de explicación, no podía ser considerada, sin embargo, como suficiente a la vista del requisito conforme al cual la motivación debe mostrar, de modo claro e inequívoco, el razonamiento del autor del acto (*vid.*, en este sentido, la sentencia VIP Car Solutions/Parlamento, citada en el apartado 109 *supra*, apartados 75 y 76). En efecto, el escrito de 1 de agosto de 2008 no incluye ninguna información acerca de las razones que, a juicio del BEI, justificaron las notas otorgadas en los criterios técnicos, a la oferta de la demandante y a la del licitador seleccionado, respectivamente. Además, dichas notas incluidas en este escrito no fueron completadas con comentarios generales que precisaran las razones que llevaron al BEI a otorgar mayor puntuación a la oferta del licitador seleccionado que a la de la demandante en cada uno de los criterios técnicos, que habrían permitido considerar suficiente la motivación de la decisión impugnada (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de 10 de septiembre de 2008, *Evropaiki Dynamiki/Comisión*, citada en el apartado 84 *supra*, apartado 129, y de 9 de septiembre de 2009, *Brink's Security Luxembourg/Comisión*, T-437/05, Rec. p. II-3233, apartado 169)».

En aplicación de esta jurisprudencia, en nuestro Derecho el art. 44 TRLCSP exige para el inicio del cómputo del plazo de recurso que la notificación de la adjudicación se realice de conformidad con lo dispuesto en el art. 151.4 TRLCSP. Es decir, que deberá contener, *en todo caso*, la información necesaria que permita la licitador excluido o candidato descartado interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, incluyendo la información prevista en el precepto¹⁶³.

163. *Vid.* MORENO MOLINA, J. A., *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos*, La Ley, 2010, pp. 125 y ss. *Vid.* igualmente, 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*, nº 100, 2010, pp. 31 y ss. y GIMENO FELIU, J. M., *Las reformas legales...*, *op. cit.*

3. FINALIDAD Y OBJETO DEL RECURSO DE REVISIÓN

Como es sobradamente conocido, el artículo 118 LPC dispone que podrá interponerse el recurso extraordinario de revisión ante el órgano administrativo que dictó el acto, entre otros supuestos, cuando se «hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados en el expediente». La STS de 13 de octubre de 2011 (rec. 537/2008) resuelve un supuesto en el licitador pretende que se corrija la interpretación que el órgano de contratación hizo de su propuesta técnica, incurso en errores a través, precisamente, de este mecanismo. Aunque el Tribunal a quo accede a la pretensión del recurrente, el Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia, ya que considera que excede notoriamente del ámbito objetivo y de la concreta finalidad del recurso extraordinario de revisión la pretensión de que la Administración rectifique el error en el que incurre un licitador al formular su propuesta técnica y reinterpretar la misma en su favor.

Por lo demás, cabe destacar que la sentencia no considera aplicable ni siquiera analógicamente, el art. 1266 CC¹⁶⁴. Como acierta a subrayar el TS, el precepto contempla la posibilidad de corrección de errores de cuenta en los contratos privados, sin que resulte aplicable a las ofertas presentadas por los licitadores en un determinado procedimiento de concurrencia competitiva para la adjudicación de un contrato administrativo, por cuanto quebrantaría los principios esenciales informadores de la contratación administrativa.

4. TUTELA RESARCITORIA

En una línea jurisprudencial que puede considerarse ya consolidada, se ha establecido que al licitador que demuestra que hubiera tenido derecho a la adjudicación del contrato corresponde una indemnización equivalente al beneficio industrial, que le compensa del lucro cesante¹⁶⁵. Dentro de esta orientación, la reciente STS de 7 de noviembre de 2011 (rec. 4569/2009) confirma que este límite del 6 por ciento, pre-

164. Según el citado precepto: «para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección».

165. He tenido ocasión de analizar la jurisprudencia recaída en este ámbito en «Comentario al art. 35» en AA VV, *Contratación del Sector Público Local*, 2ª ed., La Ley, 2010, pp. 310 y ss.

visto ya en el art. 193 TRLCAP¹⁶⁶, es aplicable a la indemnización a que tiene derecho el licitador que se vio privado ilegítimamente de la adjudicación de un contrato. Ello es así, porque el beneficio industrial no puede ser distinto en lo que se refiere al licitador que habiendo sido reconocido como adjudicatario de un contrato no puede ejecutarlo por haber agotado aquel su eficacia en contraposición al contratista que había sido adjudicatario de un contrato y que sufre el desistimiento de la administración.

Mucho más novedosa resulta la STS de 15 de noviembre de 2011 (rec. 2800/2009). En el supuesto, la sentencia de instancia anula la clasificación exigida en determinado concurso. En consecuencia, admite que la empresa recurrente debió ser admitida a la licitación. Siguiendo la doctrina más clásica de nuestra jurisprudencia, el Tribunal *a quo* niega la existencia de una lesión indemnizable, pues el mero hecho de haberse podido presentar al concurso si se hubiera rectificado en vía administrativa la clasificación exigida ilegalmente le daría a la mercantil recurrente el mismo derecho que a los demás concursantes de resultar adjudicataria.

Este criterio es corregido por el Tribunal Supremo, ya que:

«la sentencia recurrida explica que, si en el concurso se hubiera exigido la clasificación que mejor se correspondía con el objeto del contrato que se licitaba, la entidad recurrente debiera haber sido admitida al concurso desde que resultó excluida, y aunque de ahí no se deduce que tuviera derecho a ser la adjudicataria, lo cierto es que el daño se le ocasiona de forma irreparable, desde el momento en que, con un mal funcionamiento del servicio público, se le impide ilícitamente el participar en el proceso selectivo, por lo que se produce un daño, derivado de la falta de dicha participación, que ciertamente no asegura que de haber participado sería la adjudicataria, pero esta circunstancia deviene imposible, por lo que procede la reparación de dicho daño, que por analogía puede aceptarse debe alcanzar al seis por ciento de beneficio industrial, tal como solicitó la recurrente, pues aunque esta es la cantidad que se derivaría de la falta de adjudicación del contrato, según lo previsto en la el artículo 131.1.b) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y cierta jurisprudencia, es de aplicación por analogía al caso presente en que se impide por un acto contrario a derecho la participación en el proceso de contratación».

Esta solución contrasta con la que poco antes había adoptado el Tribunal General en su sentencia ya citada de 20 de septiembre de 2011, as. T-461/08, *Evropaiki Dynamiki*. En el supuesto, aunque se anula la

166. En la actualidad, el art. 300 del TRLCSP dispone que en el caso de desistimiento o de suspensión del suministro por plazo superior a un año por parte de la Administración, el contratista tendrá derecho al 6 por 100 del precio de las entregas dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial.

adjudicación realizada por el Banco Europeo de Inversiones (en adelante BEI), niega el reconocimiento de indemnización a la recurrente. Habida cuenta de que ninguna norma aplicable al BEI le obliga a firmar el contrato con la persona designada como adjudicataria a raíz del proceso del procedimiento de licitación, «no es posible declarar la existencia de una relación de causalidad entre la adopción, por el BEI, de la decisión controvertida, viciada de ilegalidad como se deriva del examen de la pretensión de anulación, y el daño invocado por la demandante, que se desprende de la pérdida del propio contrato. De ello se deduce que la demandante no tiene razón al solicitar una indemnización que repare el perjuicio resultante de no haber celebrado el acuerdo marco con el BEI, ni, consecuentemente, ejecutado el contrato. [...]». Todo ello como reconoce la propia sentencia sin perjuicio, de la indemnización que se pueda deber a la demandante derivada de la pérdida de la posibilidad de resultar adjudicataria del contrato.

Desde esta perspectiva, no cabe duda que la reseñada la STS de 15 de noviembre de 2011 representa un esfuerzo loable por situar el Derecho español al el mismo nivel que el Derecho europeo en materia de tutela resarcitoria de los contratistas¹⁶⁷. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha sido en exceso generoso al equiparar la pérdida de oportunidad de adjudicación del contrato con la certeza de que, de haberse obrado de forma acorde a Derecho, el licitador hubiera resultado adjudicatario del mismo. Como nos enseña MEDINA ALCOZ¹⁶⁸ el daño que importa en estos casos se refiere a la oportunidad perdida. De esta forma, la indemnización debe calcularse con base al valor de esa oportunidad que se desvaneció como consecuencia de la actuación del agente dañoso. Por ello, como añade DIEZ SASTRE¹⁶⁹ la indemnización ha de modularse en función de la probabilidad de la causa. A la sentencia que reseñamos, por tanto, lo único que puede reprochársele es esta falta de modulación.

X. RESTABLECIMIENTO ECONÓMICO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

En el período objeto de este trabajo, un importante grupo de senten-

-
167. BAÑO LEÓN, J. M., («El contencioso precontractual», en la obra *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, 2004, p. 355) puso ya de manifiesto que los presupuestos para el reconocimiento de responsabilidad en el ámbito de la contratación pública era menos exigente en el Derecho europeo que en el español. En relación con los presupuestos generales de la tutela resarcitoria en el Derecho europeo y español de los contratos, *Vid.* DIEZ SASTRE, S., *La tutela de los licitadores...*, *op. cit.*, pp. 254 y ss.
168. MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derechos de daños público y privado*, Thomson-Civitas, 2007, pp. 64 y ss.
169. DIEZ SASTRE, S., *La tutela de los licitadores...*, *op. cit.*, pp. 262.

cias han analizado supuestos en los que el contratista solicitaba una exoneración del principio del cumplimiento del contrato a riesgo y ventura del contratista, invocando la existencia de un riesgo imprevisible¹⁷⁰. Aunque la jurisprudencia en este punto es necesariamente muy casuística, si se advierte una tendencia a reconocer con suma prudencia la doctrina del restablecimiento económico del contrato.

Así, la STS de 7 de noviembre de 2011 (rec. 1322/2009) es desfavorable para la recurrente. En el supuesto, la contratista acepta la realización de un modificado cuyo precio es de 0 euros. No obstante, la tramitación del proyecto paraliza las obras unos meses, por lo que la empresa solicita una indemnización por costes indirectos, revisión de precios, gastos generales y diferencias de valor en la certificación. El Tribunal Supremo rechaza la pretensión, pues si el período de suspensión de las obras culmina con una modificación del proyecto al que las partes prestaron su conformidad mediante un nuevo contrato no debe después prosperar una pretensión indemnizatoria autónoma que se dice formulada para reparar los perjuicios derivados de la mencionada suspensión de aquellas obras.

En la misma línea se sitúa la STS de 25 de noviembre de 2011 (rec. 5951/2010), que desestima la pretensión de una concesionaria de autopistas de recibir una compensación como consecuencia de la redacción y ejecución de un proyecto de modificado. Como destaca el Tribunal Supremo, sólo en los casos en los que la mayor inversión derivada de la modificación incidiera el régimen económico-financiero de la concesión, desequilibrándolo, resultaría preciso su restablecimiento a través de la correspondiente compensación que no tiene por qué traducirse en el abono total del coste del modificado, sino que bien pudiera consistir en el aumento de las tarifas autorizadas o de cualquier otra medida compensatoria pertinente. En este sentido, se entiende que no se ha producido quebranto económico alguno, pues si bien es verdad que la concesionaria realizó el modificado, también lo es que dejó de ejecutar una obra de enlace comprometida en el proyecto inicial.

Por su parte, la STS de 10 de noviembre de 2011 (rec. 1662/2008) rechaza la pretensión de la licitadora de que la administración le compense por el pago del IVA relativo al coste de financiación de la obra.

170. Desde una perspectiva doctrinal, resultan de interés los siguientes trabajos recientes: PUNZÓN MORALED A, J./SÁNCHEZ RODRIGUEZ, F., «El equilibrio económico del contrato», en esta misma obra y AGUDO GONZÁLEZ, J., «El tiempo en las concesiones de servicio público: continuidad en la prestación del servicio y *potestas variandi* versus libre concurrencia», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 26, 2011.

En este sentido, el pliego establecía que «se entenderá que las ofertas de los contratantes comprenden no solamente el precio de contrata sino también el importe del IVA que puede corresponder». Y se exigía la descomposición del precio, a efectos de valorar la oferta en las partidas de coste de ejecución, coste de financiación y coste de aplazamiento. Se añadía finalmente que la compensación financiera total sería fija y no sufriría variación alguna con independencia de cuáles fueran las incidencias de la obra. No obstante, durante la ejecución del contrato, la empresa se ve obligada a abonar IVA relativo a la financiación, sin que pueda repercutirlo a la Administración, por no estar ello previsto en el pliego. Ante tal situación, solicita una indemnización por restablecimiento económico del contrato.

Pues bien, como señala el Tribunal Supremo, la entidad recurrente participó en el procedimiento de licitación y adjudicación del contrato sin formalizar en ningún momento reparo alguno sobre los requisitos y condiciones que se exigían en el pliego de cláusulas administrativas particular que regían la contratación, resultando adjudicataria de concurso y suscribiendo el correspondiente contrato. Precisamente por ello, lo no puede, contraviniendo la doctrina del acto propio, pretender el reconocimiento de una situación jurídica que contraviene lo establecido en el pliego.

La posterior STS de 22 de noviembre de 2011 (rec. 1751/2009) analiza un supuesto similar, alcanzando el mismo resultado.

En la misma línea, la STSJ Extremadura de 3 febrero de 2011 (rec. 354/2010), considera que debe englobarse dentro del concepto de riesgo y ventura el sobrecoste originado por el hecho de que en determinadas obras de pavimentación en algunas zona la capa de tierra no era compacta, lo que obligó al contratista, para evitar el pronto deterioro del aglomerado asfáltico y una defectuosa ejecución de las obras, la extracción de la tierra y la colocación de una subbase de zahorra artificial compactada. La sentencia insiste en la caracterización del contrato de obras como contrato de resultado.

Y finalmente, la STSJ de Madrid de 5 de julio de 2011 (rec. 193/2011) aunque considera que el aumento del precio del gas en el último decenio constituye un hecho imprevisible, no accede a indemnizar al contratista ya que éste no prueba que dicho incremento haya llevado al desequilibrio económico de la concesión. En ese sentido, se pone de manifiesto que el contratista no prueba la incidencia que la subida del precio del gas había tenido en el equilibrio económico de la concesión,

y la propia Sala apunta la posibilidad de que habría podido ser compensada con el incremento de otros ingresos de explotación, como por ejemplo la subida del precio de la electricidad que vende en el mercado eléctrico y que produce a partir del gas y cuyos precios también han subido en el período de tiempo referido¹⁷¹.

Por su parte, la STS de 16 mayo de 2011 (rec. 566/2008) analiza la influencia que ha tenido el abandono del proyecto autopista Toledo-Ciudad Real-Córdoba en el equilibrio económico de la concesión de la autopista AP-41. En el supuesto, el contratista fundamenta su petición de equilibrio económico de la concesión en dos circunstancias: en primer lugar, en la entrada en servicio de la de la carretera autonómica madrileña M-407¹⁷² y, en segundo lugar, la paralización del proyecto de la construcción de una autopista desde Toledo a Córdoba, pasando por Ciudad Real¹⁷³.

Pues, bien el Tribunal Supremo considera que el desdoblamiento de la M-407 no es un hecho extraordinario e imprevisible que deba quedar fuera del riesgo y ventura del contratista. De lo contrario, se estaría coartando la responsabilidad de las Administraciones competentes de mejorar las infraestructuras existentes, en especial cuando, como ocurre en este caso, ha sido otra Administración la que, atendiendo a los intereses públicos relacionados con la red de carreteras autonómicas ha decidido llevar a cabo el desdoblamiento de la M-407, es decir de 11,6 km.

Distinta es la conclusión a la que se llega respecto de la falta de construcción de la autopista Toledo-Ciudad Real-Córdoba. Y es que:

-
171. Desde esta perspectiva, de forma reciente el Tribunal Supremo utiliza como parámetro para determinar si se ha producido un riesgo imprevisible no la cuantía del incremento del precio de la materia prima, sino su repercusión en la estructura de costes del contrato. Vid. GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contrato de obras y doctrina del riesgo imprevisible», *Contratación Administrativa Práctica*, nº 98 y 99, 2010.
172. La M-407 es una autovía de 11,6 km. que transcurre en paralelo a la AP-41, entre Fuenlabrada y Griñón y entre la AP-41 y AP-42. Con anterioridad a la presentación de ofertas para la adjudicación de la concesión se había previsto la mejora de esa carretera M-407, entonces de una sola calzada en cada dirección. En el Plan REDSUR de la Comunidad de Madrid presentado el 22 de enero de 2004 figura ya como autovía. La adjudicación de la autopista AP-41 se produjo en febrero de 2004.
173. El Plan Estratégico de Infraestructuras del Transporte 2000-2007, presentado por el Ministro de Fomento en 2000, incluía entre las actuaciones en él previstas la construcción de una autopista desde Toledo a Córdoba, pasando por Ciudad Real. El proyecto no superó la declaración de impacto ambiental, en 2007 No consta que se hayan realizado actuaciones posteriores. Y ello aunque se preveía que la entrada en servicio de esta autopista Toledo-Ciudad Real-Córdoba se produjera de forma simultánea a la de la AP-41.

4. OBSERVATORIO DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE CONTRATOS...

«Entiende la Sala que la entrada en servicio de la nueva autopista tenía un peso fundamental en el planteamiento de la AP-41, pese a no hacerse referencia a ella en las cláusulas del contrato entre AMT y la Administración. Tal silencio era lógico, tal como sostiene la segunda demanda, desde el momento en que las partes habían asumido que aquella fue concebida como la primera parte del nuevo acceso a y desde Andalucía. Por tanto, siendo éste un presupuesto esencial en la concepción de la AP-41, no requiere mucho esfuerzo concluir que su ausencia ha de afectar decisivamente al equilibrio económico y financiero de la concesión ya que no podrá contar con el volumen de tráfico que aportaría la posibilidad de desplazarse por Toledo y Ciudad Real a Córdoba y a la N-IV o hacerlo en sentido inverso sin tener que desviarse por Despeñaperros.

La complejidad del procedimiento establecido en la Ley 25/1988 para la construcción de las autopistas a la que se refiere el Abogado del Estado no es óbice a lo que acabamos de decir ya que no desvirtúa el hecho de que el propio Ministerio de Fomento previó y puso en marcha las actuaciones precisas para llevar a la práctica la nueva autopista, incluyendo el sometimiento del proyecto a la declaración de impacto ambiental. Esta fue, como se ha dicho, negativa, sin embargo, en nada afecta tal circunstancia a que se tratara de una infraestructura cuya realización no podía no ser previsible en 2003 que es cuando se convoca el concurso de la AP-41. Y, si el Abogado del Estado nos dice ahora que, a pesar de la declaración de impacto ambiental negativa, no debe descartarse su construcción dentro del período de vida de la concesión, mucho menos debía descartarlo AMT en el momento de la presentación de su oferta que, como se ha reiterado, contemplada el tráfico que aportaría la autopista no construida.

Entendemos, pues, que el proyecto del que hablamos era, en el momento de presentación de las ofertas para la adjudicación de la AP-41 algo más que un evento hipotético y futuro, que es la condición que le atribuye la segunda contestación a la demanda, y que su ausencia altera el equilibrio económico y financiero de la concesión por lo que procede su restablecimiento».

Reconoce, igualmente, la pretensión del contratista a que sea restablecido el equilibrio económico del contrato la STS de 17 de noviembre de 2011. En el supuesto, las obras estuvieron paralizadas un total de treinta y cuatro meses por distintas circunstancias. En primer lugar, la ejecución del contrato no pudo iniciarse hasta cuatro meses después de la fecha prevista, como consecuencia de la falta de disponibilidad de los terrenos por los retrasos de las empresas contratadas por la propia Administración para la modificación de los servicios afectados. Además, las obras se paralizaron poco después a instancias del Ayuntamiento adjudicador debido a la afluencia turística en la zona durante el período veraniego. Y finalmente, se tardó veinticinco meses en aprobar un modificado de la obra.

En este sentido, la sentencia declara que la inexistencia de una declaración formal de suspensión de las obras no desvirtúa el hecho cierto y real de que la verdadera causa de paralización de tales obras no puede

imputarse al contratista sino a la Administración, que incurrió así en un claro e inequívoco incumplimiento contractual.

Por lo demás se subraya que cuando la propia Administración se ha visto en la necesidad de conceder prórrogas sucesivas del plazo de finalización de las obras por no haber puesto a disposición del contratista, y a su debido tiempo, los medios necesarios y precisos para que pudieran iniciarse dichas obras y ello unido a la necesidad técnica de modificar un proyecto que, posteriormente, devino deficiente para que pudiera ser adaptado a la realidad existente, las circunstancias concurrentes determinan la presencia de una excepción al principio de riesgo y ventura del contratista y la ulterior responsabilidad de la Administración por incumplimiento del contrato.

Resulta finalmente reseñable la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 22 de Madrid, Sentencia de 4 de abril de 2011 (rec. 329/2010), que reconoce la obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato a favor de la Administración. En el supuesto, la remuneración de la sociedad concesionaria de la gestión de un hospital se estableció teniendo en cuenta unas cantidades fija anual y variable anual, con su resultante máxima anual (para cuya determinación se incluía reiteradamente la expresión «IVA incluido». A resultas de la Consulta Vinculante nº 2289/2008 de la Dirección General de Tribunos, los servicios de alojamiento y manutención de pacientes incluidos los servicios accesorios derivados del contrato que tenía de prestar la recurrente tributarían al 7% en su integridad y no al 16%, como estaba inicialmente previsto. Y en virtud de ello, el Hospital adjudicador redujo la remuneración de la contratista.

Pues bien, el Juzgado considera que al aminorar la retribución del contratista la Administración realiza una interpretación razonable del contrato, que en realidad está distinguiendo el precio de prestación de los servicios del IVA, porque dentro de ese precio cierto, comprensivo del IVA según lo pactado, cabe distinguir con toda nitidez distintos conceptos que se incluyeron en el precio total como obligación legal y presupuestaria de la Administración, en atención a las condiciones jurídicas existentes en el momento de la adjudicación. Insiste el juzgador en que ello no supone excluir la aplicación del riesgo y ventura en la ejecución del contrato, ni una interpretación desorbitada por parte de la administración en cuanto a su contenido, pues nos hallamos ante una alteración esencial del equilibrio inicial y no ante una alteración adjetiva o razonable del equilibrio en las prestaciones que pudiera haber encontrado acogida en ese principio de riesgo y ventura.

XI. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

1. RECEPCIÓN TÁCITA DE LAS OBRAS

La STS de 24 Junio 2011 (rec. 2069/2008) analiza en qué fecha comienza el cómputo de los intereses de demora devengados con motivo del retraso en el abono del saldo correspondiente a la certificación final de la obra. En el supuesto, aunque la obra fue inaugurada y puesta a disposición del público en marzo de 2003, el acto formal de recepción no tuvo lugar hasta noviembre del año siguiente. Según dicha acta, en la que no consta oposición del contratista, las obras concluyeron definitivamente en octubre de 2004.

En el supuesto, para determinar la fecha inicial para el cómputo de los intereses de demora se acude a la doctrina del TS sobre la «recepción tácita de las obras», contenida en las sentencias de 13 de febrero de 2007 –F. 2º– (casación 4224/2004); 28 de febrero de 2007 –F. 4º– (casación 302/2004) y 14 de julio de 2009 –F. 4º– (casación 5276/2007). Estas sentencias han declarado el derecho del contratista que ha cumplido sus obligaciones al percibo de intereses desde la recepción efectiva de las obras por la Administración, con independencia de la fecha del acta de recepción, cuando entre una y otra media un lapso temporal considerable, no imputable al primero, así como que la ocupación de las obras y su destino para el uso público equivale a una recepción tácita de las mismas. De esta forma, la fecha de inicio para el cómputo del plazo a efectos de intereses de demora ha de ser la de inauguración de la obra.

En todo caso, como subraya la STS de 7 de julio de 2011 (rec. 5219/2009) la apreciación o no de la existencia de una recepción tácita es una materia casuística que deberá atender siempre a las circunstancias de cada caso y por ello es una cuestión íntimamente ligada a la apreciación de la prueba del Tribunal de instancia¹⁷⁴.

2. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA

Conforme al artículo 147.3 del RD 2/2000 en el plazo de garantía el contratista es responsable de los defectos o vicios derivados de la ejecución de la obra, quedando excluidos los defectos derivados del proyecto de la obra o de aquellos defectos imputables a la Administración.

174. Un análisis de la aplicación de esta doctrina se puede consultar en GALLEGO CÓRCOLLES, I., «Recepción en el contrato de obras», *Contratación Administrativa Práctica*, nº 93, año 2010.

Por ello, como señala la SAN de 18 de mayo de 2011, no cabe oponer al contratista la existencia de desperfectos relevantes una vez transcurrido el plazo de garantía, sobre todo si se tiene en cuenta que los únicos efectivamente comunicados al empresario fueron reparados por éste.

XII. RESOLUCIÓN CONTRACTUAL

1. PLAZO MÁXIMO PARA RESOLVER UN EXPEDIENTE DE RESOLUCIÓN CONTRACTUAL

La STS de 28 de junio de 2011 (rec. 3003/2009) anula la resolución por la que se declara resuelto determinado contrato administrativo dictada en el seno de un expediente de resolución que se demoró más de un año.

En efecto, la resolución del contrato constituye un procedimiento autónomo y no un mero incidente de ejecución de un contrato, que tiene sustantividad propia, y que responde a un procedimiento reglamentariamente normado como disponía el art. 157 del Reglamento General de Contratación de 25 de noviembre de 1975, y como recoge ahora con mejor técnica y mayor precisión el art. 109 RGLCAP.

Por ello, al haberse iniciado de oficio por el órgano de contratación competente para ello el procedimiento de resolución del contrato, y atendiendo a la obligación de resolver y notificar su resolución que a las Administraciones Públicas impone el art. 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, la Administración hubo de resolver el procedimiento dentro de plazo. Dado que este plazo no está establecido por su norma reguladora, es aplicable el plazo residual de tres meses del art. 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo. De esta forma, una vez transcurrido el plazo máximo legal de tres meses, se produjo la caducidad del expediente incoado para resolver el contrato. Así, la resolución impugnada es nula, aunque la declaración de caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones de la Administración.

2. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO Y DEVOLUCIÓN DEL OBJETO SUMINISTRADO

La STS de 28 de marzo de 2011 (rec. 2865/2009) analiza un supuesto en el que, resuelto un contrato de suministro por incumplimiento del contratista, éste solicita una indemnización por los daños y perjuicios que le ha ocasionado la falta de devolución del objeto suministrado. La

parte sustenta la reclamación patrimonial en base al incumplimiento contractual por parte de la Administración demandada dado que esta, tras la resolución del contrato administrativo e incautación de la fianza, no procedió a la devolución del objeto, pero la argumenta jurídicamente en virtud de los preceptos que regulan la responsabilidad aquiliana o extracontractual. El Tribunal Supremo rechaza la pretensión, ya que la exigencia de dicha devolución no se asienta en los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas sino en las consecuencias que derivan de la resolución de los contratos suscritos por las Administraciones Públicas.

3. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRAS Y DEVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS

Una de las obligaciones esenciales que asume el contratista de obra pública es realizar la obra en plazo. Ahora bien no basta el incumplimiento objetivo del plazo del contrato para acordar la resolución, pues a diferencia del régimen contractual del Código Civil, la legislación sobre contratación pública sólo permite la resolución del contrato por incumplimiento del plazo imputable al contratista cuando concurre culpa en su actuación. La idea de culpa, por lo demás, cobra una importancia especial en relación con la incautación de la fianza y la reparación de daños causados¹⁷⁵, pues no toda resolución culpable conlleva la automática incautación de la fianza.

En este contexto, la STS de 11 de abril de 2011 (rec. 1436/2008) considera que en el supuesto que analiza se dan los elementos suficientes para considerar culposo en incumplimiento del contratista. Del examen del expediente y de las actuaciones resulta que UTE adjudicataria, una vez obtenido el contrato, pretendió cambiar el procedimiento de ejecución de la obra de manera que el dragado que debía hacerse desde el mar se hiciera desde tierra. En esa modificación se halla la raíz de las complicaciones a las que se refiere la actora. Ahora bien, para el Tribunal Supremo no cabe pensar que la contratista desconociera antes de comprometerse con la Administración el problema que podían originar las mareas, ni que hubiera embarcaciones en el puerto, ni la oposición municipal de la que habla. Se trata de circunstancias que necesariamente tenía que conocer y que no le impidieron comprometerse con la Administración para ejecutar la obra. Por todo ello, se considera ajustada a derecho la incautación de la garantía acordada.

175. Vid. GALLEGO CÓRCOLES, I., «El incumplimiento del contratista y la resolución del contrato de obras», *Contratación Administrativa Práctica*, nº 57 y 58, 2006.

XIII. ABREVIATURAS UTILIZADAS

AN	Audiencia Nacional
BEI	Banco Europeo de Inversiones
CC	Código Civil
LCSP	Ley 30/2007, de 20 de octubre, de Contratos del Sector Público
LPC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común
Rec.	Recurso número
RGLCAP	Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba Reglamento General de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STG	Sentencia del Tribunal General
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TRLCAP	Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
TRLCSP	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

Observatorio de la actividad de los órganos consultivos en materia de contratos públicos

TERESA MEDINA ARNÁIZ

Profesora Colaboradora de Derecho Administrativo. Universidad de Burgos

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ÁMBITO DE ANÁLISIS. III. LOS INFORMES EMITIDOS POR PARTE DE LAS DISTINTAS JUNTAS CONSULTIVAS. 1. *Ámbito subjetivo de aplicación*. 2. *Objeto de los contratos*. 2.1. Calificación y régimen jurídico. 2.2. Negocios y contratos excluidos. 2.3. El recurso especial en materia de contratación. 3. *Las partes en el contrato*. 3.1. Los órganos de contratación. 3.2. La aptitud para contratar con el sector público. 3.3. Capacidad y solvencia del empresario. 3.4. Prohibiciones de contratar. 3.5. Clasificación de las empresas. 4. *Objeto, precio y cuantía del contrato*. 4.1. Precio y cuantía del contrato. 4.2. Garantías. 5. *La preparación de los contratos*. 5.1. Pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas. 5.2. Publicidad. 6. *La selección del contratista y la adjudicación de los contratos*. 6.1. Procedimientos de adjudicación. 6.2. Proposiciones de los interesados. 6.3. Criterios de valoración de las ofertas. 7. *Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos*. 7.1. Ejecución. 7.2. Modificación. 7.3. Extinción. 7.4. Subcontratación. 8. *Otras cuestiones de carácter general*. IV. INFORMES SOBRE PROYECTOS DE DISPOSICIONES EN MATERIA DE CONTRATOS. 1. *Respecto de la JCCA del Estado*. 2. *Informes de otras Juntas Consultivas*. V. RECOMENDACIONES, ACUERDOS, INSTRUCCIONES Y CIRCULARES. 1. *Ley de Economía Sostenible*. 2. *Texto refundido de la LCSP*. 3. *Otras recomendaciones e instrucciones*. VI. GUÍAS DE ACTUACIÓN PARA LOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN EN APOYO DE OBJETIVOS DE INTERÉS GENERAL. 1. *La «contratación verde»*. 2. *La compra pública innovadora y precomercial*. VII. NORMATIVA E INFORMES DE LAS JUNTAS CONSULTIVAS U ÓRGANOS CONSULTIVOS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. 1. *Administración General del Estado*. 2. *Comisión consultiva de contratación pública de Andalucía*. 3. *Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón*. 4. *Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias*. 5. *Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Castilla y León*. 6. *Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña*. 7. *Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Galicia*. 8. *Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares*. 9. *Junta Consultiva de Contrata-*

ción Administrativa de la Comunidad Autónoma de Madrid. 10. Junta de Contratación Pública de Navarra. 11. Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En la legislación contractual en vigor, el ejercicio de la función consultiva en materia de contratación pública está encomendado a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y a los órganos que, a tal fin, establezcan las Comunidades Autónomas, según establecen los artículos 324 y 325 del Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF), incluidos en su Libro V dedicado a la organización administrativa para la gestión de la contratación¹⁷⁶.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (JCCA) se configura así como el órgano consultivo específico de la Administración General del Estado, de sus organismos autónomos, Agencias y demás entidades públicas empresariales, en materia de contratación administrativa (artículo 324 TRLCSF). En el momento actual se encuentra adscrita al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas¹⁷⁷ y su composición y régimen jurídico se ajusta a lo dispuesto en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero.

Por su parte, los órganos consultivos en materia de contratación

176. Sobre esta materia resultan de obligada referencia SANTÍAS VIADA, J. A., «La Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Clasificación de las empresas. El Registro Oficial de empresas clasificadas y el Registro Público de Contratos», en la obra colectiva *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 199-239 y la voz «Junta Consultiva de Contratación Administrativa», en la obra colectiva *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 379-384 y PADRÓS I CASTILLÓN, X., «Las Juntas Consultivas de contratación administrativa autonómicas: organización y funciones», en la obra colectiva coordinada por GIMENO FELIÚ, J. Mª., *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 171-186.

177. El Real Decreto 1823/2011, de 21 de diciembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales, suprimió el Ministerio de Economía y Hacienda al que estaba adscrita la JCCA y creó el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Con posterioridad, el Real Decreto 256/2012, de 27 de enero, desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, y señala, en su artículo 20.3.b), que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado –como un órgano colegiado interdepartamental– depende de la Dirección General del Patrimonio del Estado.

pública de las Comunidades Autónomas encuentran acomodo en el artículo 325 TRLCSP que dispone que:

«Los órganos consultivos en materia de contratación que creen las Comunidades Autónomas ejercerán su competencia en su respectivo ámbito territorial, en relación con la contratación de las Administraciones autonómicas, de los organismos y entidades dependientes o vinculados a las mismas y, de establecerse así en sus normas reguladoras, de las entidades locales incluidas en el mismo, sin perjuicio de las competencias de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado».

No obstante, estos órganos gozan de un reconocimiento expreso en la legislación contractual desde la aprobación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, si bien, y en virtud del principio constitucional de autoorganización proclamado por el artículo 148.1 CE¹⁷⁸, algunas Comunidades Autónomas ya habían creado y regulado sus propias Juntas Consultivas con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley¹⁷⁹.

Entre las singularidades de estos órganos consultivos autonómicos destacan su diferente denominación, puesto que no todos ellos utilizan la designación de Junta –como en el caso de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía y el Consejo Consultivo de Contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria–, ni todas ellas se adjetivan como consultiva, como ocurre con la Junta Asesora de la Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma del País Vasco, la Junta Regional de Contratación Administrativa de la Región de Murcia y la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana. Otra peculiaridad se presenta respecto del ámbito funcional de estos órganos, puesto que no todos incluyen entre sus competencias las funciones inherentes a la clasificación de empresas, tal y como sucede en el caso de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Este trabajo tiene por objeto analizar parte de la actividad realizada por estos órganos consultivos durante el año 2011 y de la cual se tiene conocimiento a través de dos vías. La primera de ellas se refiere a la consulta de los informes publicados en las páginas *web* de las distintas Juntas consultivas, y la segunda, como consecuencia del ejercicio del

178. Recordemos que la competencia del Estado para dictar las bases en materia de contratación administrativa se fundamenta en el artículo 149.1.18 de la Constitución y que, sin embargo, la competencia exclusiva en materia de organización de sus instituciones de autogobierno corresponde a las Comunidades Autónomas.

179. La primera Comunidad en constituirla fue Cataluña mediante el Decreto 192/1981, de 9 de julio.

derecho de acceso a los registros y archivos de las Administraciones públicas consagrado en los artículos 35.h) y 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC).

Asimismo, cuando nos referimos a la función consultiva en materia de contratación pública debemos distinguirla de la actividad de asistencia jurídica y asesoramiento que corresponde a los distintos servicios jurídicos de los órganos de contratación (artículos 115.6 y 211.2 TRLCSP). Igualmente, debe diferenciarse de la actividad de otros órganos que emiten informes de carácter técnico, como sucede, por ejemplo, en el supuesto de la supervisión de los proyectos de obras para verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario y que corresponde a las oficinas o unidades de supervisión de proyectos (artículo 125 TRLCSP).

II. ÁMBITO DE ANÁLISIS

El ámbito funcional que va a ser objeto de este estudio comprende las distintas atribuciones que los órganos consultivos en materia de contratación tienen encomendadas por la normativa vigente, estatal o autonómica, aun cuando por razones cronológicas todavía se refieren a la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP)¹⁸⁰. Estas competencias recaen en su función consultiva, de asesoramiento y de estudio a través de la emisión de informes, instrucciones y acuerdos, la formulación de recomendaciones y la elaboración de guías que orientan la actuación de los órganos de contratación en sus respectivos ámbitos territoriales.

Por ello, además de referirnos a su intervención preceptiva en aquellos supuestos en que es exigible, vamos a centrarnos, en primer lugar, en el estudio de los informes que estos órganos emiten sobre las cuestiones sometidas a su conocimiento a instancia de los órganos que están legitimados para ello¹⁸¹. A este respecto, es importante destacar que en

180. El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el TRLCSP entró en vigor el 16 de diciembre de 2011 y a partir de esta fecha queda derogada la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

181. La cuestión de la falta de legitimación para solicitar informes de la JCCA del Estado ha sido tratada en distintas ocasiones llegando siempre a la conclusión de que si la solicitud de informe se lleva a cabo por persona u órgano diferente de los mencionados en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, la consulta debe considerarse inadmisibile, sin perjuicio de que la misma pueda volverse a plantear por persona u órgano legitimado.

Una de las últimas veces en las que la JCCA ha llegado a esta misma conclusión ha tenido lugar con ocasión del Informe 8/11, de 28 de octubre de 2011, en el cual

el ejercicio de su función consultiva, las Juntas de Contratación Administrativa no pueden sustituir las facultades de resolución, propuesta o informe atribuidas a otros órganos específicos, ni tienen por cometido resolver expedientes concretos de contratación cuya resolución corresponde a los órganos de contratación¹⁸². Tampoco es competencia de las Juntas pronunciarse acerca de materias ajenas a la contratación pública, puesto que los temas conexos deberán resolverse por los órganos que resulten competentes por razón de la materia¹⁸³.

En segundo lugar, en este trabajo vamos a dedicar una especial atención a la labor de estudio que durante el pasado año llevaron a cabo las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa como consecuencia de los constantes cambios normativos sufridos en la normativa contractual y que han concluido con la aprobación del TRLCSP¹⁸⁴.

el Secretario del Ayuntamiento de Atxondo (Bizkaia) solicitaba de la Junta un informe sobre la adjudicación del arrendamiento de varios apartamentos de titularidad municipal a dos miembros de la Corporación municipal. La JCCA del Estado hace constar que la solicitud de informe se lleva a cabo por persona u órgano distinto de los mencionados en el citado artículo 17.

182. En el Informe 6/2011, de 22 de noviembre de 2011, la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana se pronunció sobre su falta de competencia para informar acerca de un supuesto de incumplimiento contractual y sobre su resolución contractual por entender que era una competencia propia del órgano de contratación en virtud del artículo 194 LCSP.
183. Respecto de estas cuestiones, resulta habitual que las Juntas Consultivas se pronuncien sobre su falta de competencia ante las consultas planteadas cuando se refieren a alguno de estos supuestos. Así, durante el año 2011, la JCCA del Estado ha vuelto a destacar que a la misma no le corresponde emitir informes en expedientes concretos de contratación, ni tratar cuestiones que no son relativas a la contratación pública. Por ejemplo, en el Informe 29/11, de 23 de mayo, en el que el Director de la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado eleva a la JCCA distintas consultas entre las que se encuentra una relativa a si están o no exentos de una tasa los diversos anuncios que se han de publicitar en el marco del procedimiento de adjudicación de un contrato y la JCCA responde que «no corresponde a esta Junta Consultiva pronunciarse por cuestiones establecidas en normas que regulan cuestiones ajenas a la contratación». Este mismo parecer se manifiesta en el Informe 45/11, de 15 de diciembre, respecto de un expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración cuando el daño ocasionado y la reparación propuesta se plantean al margen de la prestación objeto del contrato y del régimen de derechos y obligaciones regulado por éste.
184. A título de ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, cabe indicarse que estas reformas han sido tratadas por BERNAL BLAY, M. Á., «Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos», en la obra colectiva *Observatorio de contratos públicos 2010*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 143-208; GALLEGO CÓRCOLES, I., «La contratación local ante las sucesivas reformas de la Ley de Contratos del Sector Público», *Anuario de Derecho Municipal 2010*, Madrid, 2011, pp. 133-166; GIMENO FELIÚ, J. M^a., *Las reformas legales de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. Alcance y efectos prácticos*, Civitas-Colección Cátedra Derecho Lo-

La motorización legislativa en la que nos hemos visto inmersos durante el año 2011 conllevaba dudas acerca de cómo debía aplicarse la nueva normativa desde un punto de vista práctico y, en ese sentido, las Juntas Consultivas, en su condición de órganos especializados, han emitido distintos informes, instrucciones y recomendaciones dirigidas a los órganos de contratación –pero de gran utilidad para todos los operadores jurídicos– a fin de llegar a una adecuada comprensión de la legislación en vigor en cada momento.

III. LOS INFORMES EMITIDOS POR PARTE DE LAS DISTINTAS JUNTAS CONSULTIVAS

Al analizar la actividad desarrollada durante el año 2011 por los órganos consultivos en materia de contratos públicos, resulta del todo necesario, en primer lugar, referirnos al contenido de los informes que han sido sometidos a la consideración de las distintas Juntas Consultivas existentes en nuestro país¹⁸⁵, si bien avanzamos que no van a ser objeto de tratamiento la totalidad de esos informes, ni de todas las Juntas, debido a la dificultad de acceso a la información. Así pues, además de la obligada mención a la JCCA del Estado, también vamos a referirnos a parte de la actividad desarrollada por diez de las Juntas Consultivas de las Comunidades Autónomas existentes en nuestro país, concretamente las de Andalucía, Aragón, Islas Baleares, Canarias, Castilla y León, Cataluña, Galicia, Madrid, Comunidad Foral de Navarra y Comunidad Valenciana.

Para un mejor acercamiento a esta materia, hemos adoptado un criterio de clasificación temática, de tal manera que los informes se presentan agrupados por temas que, en líneas generales, coinciden con la

cal de Aragón, Cizur Menor, 2011; MEDINA ARNÁIZ, T., «Las principales novedades en la normativa contractual del sector público», en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Economía Sostenible*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 119-163; MORENO MOLINA, J. A., «Las últimas reformas legislativas en materia de contratos públicos y el futuro próximo. Crónica de una avalancha normativa», en la obra colectiva *Observatorio de contratos públicos (...)*, *op. cit.*, pp. 105-124, y en «El nuevo Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público», *Contratación Administrativa Práctica*, n° 115, 2012, pp. 3-24 y COLÁS TENA, J., «La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de economía sostenible: el régimen de modificación de los contratos del sector público», *REDA*, n° 153, enero-marzo 2012, pp. 253-276.

185. Recordemos que según resulta del artículo 83.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), los informes de estos órganos consultivos no son vinculantes y que el órgano que los solicita puede apartarse del criterio de los mismos motivando su decisión (artículo 54.c) de la misma Ley).

ordenación que llevan a cabo las distintas Juntas Consultivas y que respeta la estructura del TRLCSP.

1. Ámbito subjetivo de aplicación
2. Objeto de los contratos
3. Las partes en el contrato
4. Objeto, precio y cuantía del contrato
5. Preparación de los contratos
6. Selección del contratista y adjudicación de los contratos
7. Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos
8. Otras cuestiones de carácter general, referidas a las mesas de contratación, al perfil del contratante y a la plataforma de contratación.

1. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

Uno de los elementos claves en la legislación contractual es señalar el ámbito subjetivo de aplicación de la misma, es decir, el referido a los sujetos a los que resultan de aplicación sus normas. El TRLCSP –y con anterioridad la LCSP– al delimitar su ámbito subjetivo de aplicación distingue tres categorías que son las de entes, organismos y entidades del sector público, poderes adjudicadores y Administraciones públicas (artículo 3 TRLCSP, antiguo artículo 3 LCSP).

La necesidad de diferenciar entre estas tres categorías de sujetos reside en que cada tipo de entidad se somete a un determinado régimen jurídico en cuanto a la preparación y celebración de sus contratos, ya que la legislación no se aplica de manera uniforme a todos los entes del sector público.

De esta manera, la legislación de contratos del sector público se aplica íntegramente a todas las Administraciones públicas (artículo 3.2 del TRLCSP); la preparación de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administraciones públicas deberán someterse a las reglas impuestas desde el Directivas europeas sobre contratación pública, y por último, a los entes del sector público que no forman parte de las dos categorías anteriores sólo les resultan de aplicación algunas reglas generales y los principios de publicidad, igualdad y concurrencia. Además de ello, los contratos celebrados por los entes, organismos y entidades que no reúnen la condición de Admi-

nistraciones públicas tienen la consideración de contratos privados (artículo 20.1 TRLCSP).

Así pues, las cuestiones que se plantean ante las Juntas Consultivas en relación al ámbito subjetivo de aplicación de la normativa contractual se concretan en establecer la inclusión de un determinado ente en alguna de las categorías anteriores y, básicamente, en analizar si se incluyen o no dentro del concepto de poder adjudicador a efectos de la Ley¹⁸⁶.

La condición de poder adjudicador va ligada al cumplimiento acumulativo de los tres requisitos que establece el artículo 3.3 letra b) del TRLCSP (mismo artículo de la LCSP) y que responden a la interpretación subjetivo-funcional que lleva a cabo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en esta materia:

1) Que tenga personalidad jurídica, siendo indiferente que la misma sea pública o privada.

2) Atendiendo a la naturaleza de su actividad: que satisfaga necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

3) Que exista una «influencia dominante» de una Administración, bien debido a su financiación, a su control en la gestión o al nombramiento de sus órganos de administración, dirección y vigilancia.

En atención a estos requisitos, los informes de las Juntas Consultivas que han tratado esta materia durante el año 2011 se preocupan en determinar si los entes sometidos a consulta merecen o no la calificación de poder adjudicador.

– *Informe 1/2011, de 7 de marzo, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, sobre la sujeción a la LCSP del Parque Tecnológico y Aeronáutico, SL*

Este informe, después de concretar las notas que caracterizan a esta Sociedad, concluye que se trata de una entidad que forma parte del sector público, y por tanto, está sometida al ámbito de aplicación de la

186. Sobre el concepto de poder adjudicador y su importancia para la correcta aplicación del Derecho europeo de los contratos públicos, resulta de interés la consulta a GIMENO FELIÚ, J. M^a., *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, pp. 33 a 48, y CHINCHILLA MARÍN, C., «La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas», en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 33-79.

LCSP (hoy TRLCSP), además se considera poder adjudicador, sujetándose en las contrataciones que realice a las previsiones que a tal efecto establezca dicha Ley.

– Informe 5/2011, de 14 de septiembre, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, sobre sujeción de la Sociedad Andaluza de Valoración de la Biomasa, SA, a la Ley de Contratos del Sector Público

La entidad Sociedad Andaluza de Valoración de la Biomasa, S. A. es una entidad que forma parte del sector público, en cuanto que en su capital social participan mayoritariamente agencias de la Administración de la Junta de Andalucía y del Estado, alcanzando un porcentaje del 64%. Después de analizar su configuración, este Informe concluye que tiene la consideración de poder adjudicador, sujetándose en las contrataciones que realice a las previsiones que a tal efecto establece la LCSP (ahora TRLCSP).

– Informe 40/10, de 28 de octubre, de la JCCA del Estado, sobre la condición de poder adjudicador de la entidad Fundación Patronato Zorroaga relacionada con el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián

Para determinar la naturaleza jurídica de esta Fundación a efectos de la aplicación de la normativa contractual, la JCCA acude en primer lugar al artículo 3.1.f) de la LCSP que se refiere expresamente a las fundaciones. Este artículo establece que forman parte del sector público «las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades». La primera conclusión de este Informe es que la «Fundación Patronato Zorroaga» no puede considerarse incluida dentro de este supuesto, ya que no se dan las condiciones requeridas por el mismo; sin embargo, y como segunda y última conclusión, establece que sí cumple con los requisitos exigidos por la Ley para entender que se trata de una entidad del sector público incluida en el supuesto del artículo 3.1.h) LCSP.

2. OBJETO DE LOS CONTRATOS

El vigente TRLSCP, como anteriormente establecía la LCSP, delimita los contratos que están sometidos a sus disposiciones a partir del concepto de «contratos del sector público» incluyendo bajo esta denominación «los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica,

que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3».

Por tanto, para admitir la existencia de un contrato público es necesario la concurrencia de determinados requisitos: que éste haya sido acordado por una entidad del sector público, es decir, una Administración pública, un poder adjudicador u otro ente del sector público y que, además, este acuerdo tenga un carácter oneroso, lo cual implica satisfacer una contraprestación por la prestación que debe realizar el contratista.

Cumplidos estos requisitos, quedan sujetos a la regulación de la normativa contractual todos los contratos sin importar si éstos tienen un carácter administrativo o privado. En este sentido, el TRLCSP mantiene la categoría de los contratos administrativos –tanto los típicos como los especiales–; regula el régimen jurídico de los contratos privados; califica como contratos sujetos a regulación armonizada aquellos cuyo valor estimado iguale o supere determinados umbrales económicos (contratos SARA)¹⁸⁷ y, por último, contempla los contratos mixtos que son aquellos que tienen por objeto dos o más tipos de prestaciones (artículo 12 TRLCSP).

Asimismo, y con la misma finalidad de delimitar su ámbito de aplicación objetivo, el TRLCSP enumera una serie de supuestos heterogéneos que, a pesar de constituir relaciones de carácter contractual, están excluidos de la aplicación de la Ley. Entre estos supuestos recogidos en el artículo 4 TRLCSP, en este trabajo vamos a referirnos, especialmente, a los convenios de colaboración (artículo 4.1.c) y al uso de las encomiendas de gestión que realizan las Administraciones públicas u otros entes del sector público (artículo 4.1.n), puesto que estos negocios jurídicos ocupan gran parte de los informes relativos al ámbito objetivo de aplicación de la normativa contractual.

2.1. Calificación y régimen jurídico

Las cuestiones planteadas ante los órganos consultivos respecto de la calificación de los contratos versan sobre la delimitación de los tipos

187. 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 2012, fueron aprobados por el Reglamento (CE) 1251/2011 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2011 (DOUE L 319, de 2 de diciembre de 2011) e incorporados a la legislación española mediante la Orden EHA/3479/2011, de 19 de diciembre (BOE nº 308, de 23 de diciembre de 2011).

contractuales y el régimen jurídico que les resulta de aplicación en atención a su carácter administrativo o privado. La cuestión cobra especial relevancia porque de su calificación depende el sistema de fuentes aplicable al contrato y determina el orden jurisdiccional competente para conocer de las cuestiones litigiosas que se planteen en cuanto a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción del contrato. Como nos recuerda la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, la calificación de un contrato es, sin duda, la primera y principal actuación preparatoria, dado que, en función del tipo de contrato, la legislación le reserva un peculiar régimen jurídico, debiendo velar los órganos de contratación por realizarla de forma adecuada, ya que las consecuencias de una inadecuada calificación tipificación contractual por su parte, no legitimará el régimen jurídico que se aplique al mismo cuando sea contraria a la debida calificación legal.

– Informe 3/2011, de 16 de junio, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, sobre la calificación jurídica de un contrato para la gestión de estancias de alumnado de otros países de la Unión Europea

En este Informe se cuestiona la naturaleza jurídica de un contrato que tiene por objeto la gestión de estancias en otros países de la Unión Europea, dirigidas al alumnado que cursa enseñanzas de Formación Profesional Inicial y Artes Plásticas y Diseño en centros docentes de la Comunidad Autónoma de Andalucía y de visitas de seguimiento dirigidas al profesorado responsable de ese alumnado.

Las prestaciones objeto del contrato se refieren a gestionar el transporte, búsqueda de alojamiento, proporcionar ayuda para la manutención, formalización de seguro de viaje, proporcionar un tutor de acogida, organizar cursos de perfeccionamiento de idioma, proporcionar empresas de prácticas, proporcionar los certificados relativos a las prácticas realizadas, así como el seguimiento de dichos aspectos y la disponibilidad de medios para la comunicación con los participantes.

Descartado que se trate de un contrato de servicios –porque las prestaciones no se realizan para la Administración– o administrativo típico debido al carácter heterogéneo de sus prestaciones, resta por caracterizarlo como contrato administrativo especial. La Comisión consultiva considera que el contrato debe calificarse como contrato administrativo especial atendiendo que este contrato satisface de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de la

Consejería de Educación. En este sentido, recuerda que el contrato administrativo especial no tiene legalmente limitación de objeto, a lo que es preciso añadir que la calificación de determinados contratos como contratos administrativos especiales tiene un marcado carácter residual y, por tanto, sólo procede cuando no se ha podido incluir en alguno de los tipos contractuales típicos.

– Informe 19/2011, de 6 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, acerca de la calificación jurídica de un contrato para la instalación de televisores en las habitaciones de centros hospitalarios

La cuestión que se plantea en este informe es la calificación jurídica de un contrato que tiene por objeto contratar la instalación de televisores en las habitaciones de los pacientes de los centros que gestiona el Consorcio Aragonés Sanitario de Alta Resolución –considerado como Administración pública a efectos de la legislación contractual– siendo a cuenta de los usuarios el pago del precio.

Este informe parte de la delimitación contractual que años atrás realizó la Junta Consultiva de Contratación del Estado ante supuestos similares como los relativos a la prestación de servicios de cafetería o comedor a los que caracterizó como contratos administrativos especiales, o los supuestos de explotación de cabinas telefónicas, máquinas expendedoras de sólidos y líquidos o cajeros automáticos que fueron calificados de concesiones de ocupación del dominio público. No obstante, por parte de la Junta Consultiva de Aragón se indica que estas calificaciones se realizaron al amparo de una normativa hoy ya superada en la que los principales cambios han tenido lugar por la amplitud de la categoría del contrato de servicios y el carácter residual de la categoría de los contratos administrativos especiales.

La amplitud de los términos de la definición del contrato de servicios (artículo 10 LCSP) permite concluir que la calificación jurídica del objeto contractual planteado es un contrato administrativo de servicios, puesto que su objeto es distinto de una obra o suministro, tiene un carácter oneroso y la beneficiaria del servicio (que no la usuaria final) es la Administración que obtiene un valor añadido para sus instalaciones sanitarias.

– Informe 4/2011, de 22 de noviembre, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, sobre la inexistencia de un contrato de gestión de servicio público. Contratos con una pluralidad de objeto. Contratos mixtos. Desistimiento del procedimiento

La consulta objeto de este informe versa sobre la legalidad de la

tramitación de un procedimiento de adjudicación para la recogida, almacenamiento, transporte a planta de tratamiento y eliminación de residuos sólidos urbanos, así como la limpieza viaria del término municipal de Almoradí (Alicante) calificado como contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión.

A pesar de esta calificación, el pliego de cláusulas administrativas particulares en la descripción del objeto del contrato, lo define con códigos descriptores del contrato de servicios según la nomenclatura del Vocabulario Común de Contratos Públicos (CPV)¹⁸⁸, aun cuando este Vocabulario no es de aplicación a los contratos de gestión de servicios públicos, por no estar regulados en las Directivas de la Unión sobre contratación. Asimismo, cabe señalarse, entre otros extremos, que la forma de facturación y pago al contratista no se vincula a la demanda o utilización del servicio por los usuarios, es decir, no existe un riesgo, aunque sea mínimo, derivado de la explotación del servicio, puesto que en los pliegos se fija que la cuantía económica por el servicio de recogida, transporte, tratamiento y eliminación de residuos es de 560.185,19 anuales y 319.444,44 anuales por el servicio de limpieza viaria, más el IVA correspondiente en ambos casos.

En este supuesto –como ya lo hiciera en su Informe 1/2011, de 16 de mayo¹⁸⁹– la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana señala que el criterio de delimitación decisivo entre concesión de servicios y contrato de servicios reside en el hecho de que el contratista asuma un riesgo económico.

Así pues, para dilucidar si estamos ante una verdadera concesión

188. Reglamento CE 2195/2002, de 5 de noviembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), modificado por el Reglamento (CE) 213/2008, de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007 (DOUE L 74, de 15 de marzo de 2008). El objetivo del CPV es normalizar los términos que utilizan los poderes y entidades adjudicadores al describir el objeto de los contratos. Con acierto, RUIZ DE CASTAÑEDA sostiene que la determinación del tipo de contrato mediante la aplicación de la nomenclatura CPV «permitirá evitar cuestiones interpretativas que conducirán a la correcta calificación de los contratos y a la aplicación a los mismos de sus normas reguladoras», en RUIZ DE CASTAÑEDA Y DE LA LLAVE, A., «La nomenclatura CPV en la contratación», en la obra colectiva *Administración Local. Estudios en homenaje a Ángel Ballesteros*, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Las Rozas (Madrid) 2011, p. 203.

189. Informe 1/2011, de 16 de mayo, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, sobre las diferencias entre un contrato de concesión de servicio público y de concesión de obra pública y la imposibilidad de licitar en un mismo expediente ambos contratos al ser contratos totalmente diferenciados en cuanto a su objeto, tipo contractual, ejecución y otras características.

de servicios, el contratista debe asumir la totalidad, o al menos, una parte significativa del riesgo de explotación. En este sentido, y con cita expresa a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst*, en el asunto C-274/09, procede señalar que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, 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.

La incorrecta calificación del contrato como contrato de gestión de servicios públicos al tratarse de un contrato de servicios conlleva a concluir que el Ayuntamiento debe desistir del procedimiento y convocar una nueva licitación que se regirá por las disposiciones aplicables a los contratos de servicios, teniendo en cuenta que la contratación de los servicios objeto de este contrato se encuentre sujeta a regulación armonizada por superar los umbrales económicos requeridos para su consideración como contratos SARA.

– Informe 6/2011, de 7 de diciembre, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, sobre calificación jurídica y clasificación de un contrato de servicio de monitores de comedor en centros docentes públicos

En este informe la Comisión Consultiva de Contratación de Andalucía resuelve dos cuestiones: la primera de ellas relativa a la calificación jurídica respecto del contrato de servicio de monitores de comedor en los centros docentes públicos dependientes de las Delegaciones de Educación. La segunda, y en el supuesto de considerarse como contrato de servicio, sobre la exigencia de clasificación.

De las prestaciones objeto del contrato, se deduce que no se corresponden con las de un contrato de obra o de suministro. Su calificación como contrato de servicios obliga a identificar la categoría en la que está comprendido a fin de establecer la exigencia de clasificación cuando por razón de su cuantía sea exigible (artículo 54 LCSP). De los servicios recogidos en el Anexo II de la Ley y de las actividades expresadas en la nomenclatura del CPV, la Comisión consultiva concluye que el contrato de servicio de monitores de comedor en centros docentes públicos debe

calificarse como contrato de servicios, encuadrado en la categoría 24 «Servicios de educación y formación profesional» y a efectos de la CPV en cualquiera de los códigos de las enseñanzas preescolar, primaria o secundaria, es decir, los códigos 80110000-8, 80100000-5 o 80200000-6 respectivamente.

2.2. Negocios y contratos excluidos

Como hemos señalado con anterioridad, la legislación contractual también delimita su ámbito objetivo de aplicación de manera negativa, es decir, mencionando expresamente los negocios jurídicos y contratos excluidos de someterse a su disciplina al amparo de la previsión del artículo 4 del TRLCSP (antiguo artículo 4 LCSP). Los informes que van a ser objeto de estudio en este apartado tratan sobre alguno de los supuestos previstos en el mencionado artículo.

– Informe 17/10, de 23 de mayo de 2011, sobre distintos apartados relativos al ámbito objetivo de aplicación de la LCSP respecto de diferentes tipos de contratos de suministros celebrados por el Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo

El Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo se adscribe a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Interior¹⁹⁰. Este Organismo autónomo, regulado por el Real Decreto 868/2005, de 15 de julio, tiene la consideración de poder adjudicador a los efectos previstos en la normativa contractual, y en atención a lo dispuesto en el Real Decreto 1384/2009, de 28 de agosto, por el que se modifica el Estatuto de este Organismo, tiene la condición de medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado, estando obligado a realizar los trabajos encomendados.

De conformidad con los artículos 4.1.n) y 24.6 de la LCSP, la condición de medio propio y servicio técnico de la Administración se establece como instrumento jurídico destinado a facilitar las relaciones entre las diferentes Administraciones públicas y aquellos organismos que han sido creados para desarrollar y ejecutar determinado tipo de actividades con características singulares que, en el caso del Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo están vinculadas a la realización de tareas industriales, comerciales o análogas y, en general, cuantas operaciones se relacionen con el trabajo penitenciario.

190. Real Decreto 400/2012, de 17 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior (BOE nº 42, de 18 de febrero).

En el contexto del artículo 4 LCSP, se plantean a la JCCA del Estado distintas cuestiones por parte de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias relacionadas con la adquisición de mercancías y materias primas para la prestación del servicio de economato y alimentación a los internos que pueden ser prestados mediante encomienda de gestión por el citado Organismo Autónomo. Concretamente, se trata de analizar si los contratos de suministro a que se refiere la consulta son susceptibles de quedar excluidos del ámbito objetivo de aplicación de la LCSP.

En atención a los requisitos exigidos por el artículo 4.1.g) LCSP¹⁹¹, la JCCA concluye que los contratos para la adquisición del suministro de mercancías y materias primas para la venta a los internos a través del servicio de economato o para la elaboración de las raciones de alimentación a los reclusos, no tienen encaje en el artículo 4.1.g) LCSP, porque los contratos se realizan en ejecución de una encomienda de gestión. Sin embargo, los contratos para la adquisición del suministro de materias primas para la elaboración de bienes con el propósito de devolverlos, con o sin transformación de los mismos, al tráfico jurídico patrimonial mediante su entrega a las personas físicas o jurídicas que realizaron los encargos, si quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP por cumplir con todos los requisitos que exige este precepto.

– Informe 2/2011, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares, sobre el ámbito de aplicación objetivo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, respecto de los contratos para la realización de ensayos clínicos

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares, en este informe resuelve dos cuestiones. La primera es la relativa al sometimiento a la LCSP de los contratos para la realización de ensayos clínicos realizados por una fundación del sector público (Fundación Mateu Orfila de Investigación en Salud de las Illes Balears) y la segunda se refiere a la sujeción a esta Ley de las tareas de gestión que dicha fundación lleva a cabo en los contratos de ensayos clínicos en los que interviene.

191. Artículo 4.1.g) LCSP: «Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas: g) Los contratos de suministro relativos a actividades directas de los organismos de derecho público dependientes de las Administraciones públicas cuya actividad tenga carácter comercial, industrial, financiero o análogo, si los bienes sobre los que versan han sido adquiridos con el propósito de devolverlos, con o sin transformación, al tráfico jurídico patrimonial, de acuerdo con sus fines peculiares, siempre que tales organismos actúen en ejercicio de competencias específicas a ellos atribuidas por la Ley».

En relación a esta materia, lo primero que trata este Informe es concretar qué se entiende por ensayo clínico y cuál es su marco normativo. Así, señala que un ensayo clínico es, de conformidad con el artículo 58 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, y el artículo 2 del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, «cualquier investigación efectuada en seres humanos con el fin de determinar o confirmar los efectos clínicos, farmacológicos, y/o demás efectos farmacodinámicos, y/o de detectar las reacciones adversas, y/o de estudiar la absorción, distribución, metabolismo y eliminación de uno o varios medicamentos en investigación con objeto de determinar su seguridad y/o su eficacia».

Los ensayos clínicos se formalizan en un contrato en el que constan las obligaciones de las partes (que, en cuanto a los promotores e investigadores, son básicamente las que establece la normativa aplicable a los ensayos clínicos) y los aspectos económicos del contrato, que hacen referencia al presupuesto global del ensayo y que especifican los costes directos e indirectos, la forma y los plazos de pago. En base a estos requisitos, y por ello la consulta que se plantea ante la Junta Consultiva, pudiera ocurrir que en la realización de un ensayo clínico participase alguno de los entes, entidades u organismos sometidos a la LCSP y que igualmente se cumpliera las condiciones del artículo 2 de la Ley para ser considerado en contrato público; es decir, que tuviera un carácter oneroso y se formalizase por algún ente sometido a la disciplina de la LCSP.

Sin embargo, según manifiesta este Informe, quien financia el ensayo y realiza el encargo de una prestación a las otras partes (el promotor) es, en la mayoría de las ocasiones, un laboratorio fabricante de medicamentos que, por lo tanto, no está sometido al ámbito de aplicación subjetivo de la LCSP. Además de ello, y en el caso de que el centro donde se lleve a cabo el ensayo clínico sea un ente, organismo o entidad incluido en el artículo 3 de la LCSP –como es el caso que nos ocupa– estaríamos ante una prestación de servicios excluida del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos en virtud de su artículo 4.1 m). Por lo tanto, este Informe concluye que los contratos para la realización de ensayos clínicos y las actuaciones que lleva a cabo la Fundación Mateu Orfila no están sometidos a la LCSP.

– Informe 52/10 de 28 de octubre de 2011, de la JCCA del Estado sobre la aplicación mediante convenio de colaboración de la prestación del servicio postal de un Ayuntamiento

El Alcalde de Monturque (Córdoba) se dirige a la JCCA del Estado solicitando informe sobre distintas cuestiones referidas a la prestación de los servicios postales. Entre las cuestiones planteadas destaca la referida a la posibilidad de concertar un convenio de colaboración con la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima, para la prestación del servicio postal durante el 2011, pues este contrato estaría excluido de la LCSP por

En su informe, la JCCA del Estado destaca tres aspectos: El primero de ellos se refiere a la aprobación de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, cuya Disposición adicional primera designa por un período de 15 años a la «Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima» como operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal.

El segundo elemento alude al pronunciamiento del TJUE en su sentencia de 18 de diciembre de 2007, asunto C-220/06, en el que el Tribunal señaló que «el Derecho comunitario no se opone a una normativa de un Estado miembro que permite que las Administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales reservados a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado miembro»¹⁹².

El tercer aspecto fundamental en la resolución de este supuesto es el informe emitido por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento por ser éste el Ministerio que ostenta las competencias de ordenación normativa de los servicios postales y telegráficos. En este informe, el criterio expresado por el Ministerio de Fomento determina que la posible relación entre el Ayuntamiento de Monturque y el Servicio de Correos ha de configurarse como una relación contractual, atendiendo a la finalidad de la Directiva 2008/6/CE que persigue la plena realización del mercado interior de los servicios postales en la UE.

– *Informe 4/2011, de 30 de septiembre, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares, sobre los encargos de gestión y la imposibilidad de participar en las licitaciones públicas que se derivan de la consideración de medio propio*

Este Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa

192. Sentencia del TJCE de 18 de diciembre de 2007, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, C-220/06, Rec. p. I-12175.

de las Islas Baleares analiza nuevamente el concepto de encargo de gestión¹⁹³ y resuelve la consulta planteada por la Secretaría General de la Consejería de Medio Ambiente y Movilidad respecto de la consideración de la Fundación Natura Parc (entidad privada sin ánimo de lucro) como medio propio instrumental del Consorcio para la Recuperación de la Fauna de las Illes Balears y sobre si esta Fundación, que gestiona una parte de las actividades del Consorcio mediante convenio, puede participar en procedimientos para la adjudicación de contratos convocados por la propia Consejería de Medio Ambiente y Movilidad.

Ésta es una cuestión de gran relevancia práctica dado que la Administración encarga la prestación a un ente instrumental, vinculado al ente contratante sin que sea de aplicación la normativa de contratos¹⁹⁴. De esta manera, y como recuerda este mismo informe, «el denominado *contrato interno* o *in house providing* es una relación jurídica en la que un poder adjudicador encarga la ejecución de una obra o la prestación de un servicio a un ente instrumental con personalidad jurídica propia sin aplicar la legislación contractual». En relación con estos negocios jurídicos, el TJUE ha elaborado una importante doctrina que permite realizar encargos, que no tienen la consideración de contratos, a entes instrumentales con personalidad jurídica propia siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- Que el encargo se formalice entre una entidad adjudicadora y una entidad formalmente diferente de ésta, pero sobre la cual ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, de manera que no se pueda afirmar que exista como tal, otra parte contratante, distinta de la adjudicadora.
- Que el ente instrumental lleve a cabo la parte esencial de su actividad con la entidad o las entidades públicas que la controlan.
- Que el capital del ente instrumental sea de titularidad totalmente pública.

193. En la misma sesión se aprobó el Informe 3/2011, de 30 de septiembre, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares, acerca del expediente de los encargos de gestión.

194. Sobre esta materia resulta de obligada referencia SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M., «¿Pueden los contratos quedar en casa?. La polémica europea sobre la contratación *in house*», *Diario La Ley*, nº 6715, 17 de mayo 2007, pp. 1669-1680; BERNAL BLAY, M. Á., «Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*», *REDA*, nº 137, enero-marzo 2008, pp. 115-138 y PERNAS GARCÍA, J., *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*, Iustel, Madrid, 2008.

La LCSP (y también el TRLCSP) incorporó la doctrina jurisprudencial del TJUE en relación con los contratos *in house* en sus artículos 4.1.n) y 24.6. Así, y de conformidad con el artículo 4.1.n) «están excluidos del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP los negocios jurídicos en cuya virtud se encarga a una entidad que, de conformidad con lo señalado en el artículo 24.6, tiene atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del poder adjudicador que hace el encargo, la realización de una determinada prestación».

Atendiendo a lo dispuesto en estos artículos, y dado que la condición de medio propio y servicio técnico de un ente, organismo o entidad del sector público respecto de otra entidad determina la imposibilidad de que aquellas entidades participen en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los cuales son medio propio (artículo 24.6 último párrafo), la posibilidad de que la Fundación Natura Parc participe en las licitaciones de la Consejería competente en materia de medio ambiente depende de si concurren o no en esta entidad los requisitos para considerarla medio propio de la Consejería.

Este informe concluye que la Fundación Natura Parc no tiene esta condición y por ello puede, en principio, concurrir a las licitaciones de la Consejería.

– *Informe 26/11, de 28 de octubre de 2011, de la JCCA del Estado respecto de la posibilidad de realizar encomiendas de gestión a una sociedad declarada como medio propio*

El Director del Instituto Social de la Marina –entidad gestora de la Seguridad Social y organismo específico y unitario de gestión y protección de los trabajadores del mar–, somete a informe de la JCCA del Estado la posibilidad de realizar encomiendas de gestión a la Sociedad TRAGSATEC filial de TRAGSA, cuyo régimen jurídico se establecía en la Disposición adicional trigésima de la LCSP (ahora Disposición adicional vigésimo quinta TRLCSP) y en el Real Decreto 1072/2010, de 20 de agosto¹⁹⁵.

Esta Disposición adicional incorpora a la Ley los elementos derivados de la jurisprudencia del TJUE respecto de la utilización de los medios instrumentales y, más concretamente, en relación a la consideración

195. Real Decreto 1072/2010, de 20 de agosto, por el que se desarrolla el régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima y sus filiales (BOE nº 218, de 8 de septiembre de 2010). Este Real Decreto expresa claramente que tanto ésta como sus filiales tienen la consideración de medios propios instrumentales y servicios técnicos de las Administraciones Públicas.

de medio propio por parte de esta Sociedad y sus filiales (STJCE de 19 de abril de 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)*, C-295/05, Rec. p. I-2999). De esta manera, se determina que TRAGSA y sus filiales tienen la consideración de medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de ellas, y que, consecuentemente éstos pueden encomendar a TRAGSA y sus filiales los trabajos y actividades que, encontrándose dentro de sus competencias y funciones, o complementarias y derivadas, puedan resultar precisas o convenientes.

Las relaciones de las sociedades del grupo TRAGSA con los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales y servicios técnicos tienen naturaleza instrumental y no contractual, articulándose a través de encomiendas de gestión de las previstas en el artículo 24.6 de esta Ley, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado.

Todo lo anterior permite concluir a la JCCA del Estado que el Instituto Social de la Marina puede atribuir a la filial TRAGSATEC la encomienda de gestión citada en tanto se circunscriba a lo dispuesto en el Real Decreto 1072/2010, de 20 de agosto, por el que se desarrolla el régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima, y de sus filiales.

– *Informe 11/11, de 15 de diciembre, de la JCCA del Estado, sobre el régimen de encomiendas de gestión a los medios propios*

El Ayuntamiento de Baeza (Jaén) tiene una empresa municipal (EMS Baeza SL) que se configura como medio propio del Ayuntamiento y a la cual se le encomienda la realización de obras. Este Ayuntamiento plantea ante la JCCA del Estado la cuestión de cuál es el régimen de las limitaciones para la contratación con terceros que puede aplicar a las encomiendas de gestión que realice a esta empresa municipal en atención a lo dispuesto en los artículos 24.4 y artículo 210.2.e) LCSP.

Respecto de las limitaciones contenidas en el artículo 210.2.e) de la citada Ley, la JCCA señala que no le resultan de aplicación, puesto que este precepto se aplica a la subcontratación, es decir, a aquellos contratos que el contratista puede concertar con terceros, siendo éste un supuesto distinto del medio propio como es la empresa EMS Baeza.

Asimismo, la JCCA del Estado recuerda que el régimen de los medios propios que se recoge en el artículo 24 de la LCSP sí resulta aplicable a este caso. Más concretamente lo dispuesto en su apartado 4, en el

que se prevé que en los supuestos de obras que realice la Administración por sus medios propio a través de colaborador incluidas en las letras a) y b) del apartado 1, «la contratación con colaboradores no podrá sobrepasar el 50 por ciento del importe total del proyecto». Por ello, concluye que la empresa municipal no podrá contratar el 100% de la obra externamente por resultarle de aplicación las limitaciones contenidas dentro del artículo 24.4 de la LCSP.

2.3. El recurso especial en materia de contratación

Los Estados miembros tienen la obligación de establecer procedimientos de recurso eficaces y rápidos para los supuestos de infracción del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos¹⁹⁶. En atención a dicha obligación, los Estados deben tomar las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas con eficacia y agilidad, disponiendo los Estados de la facultad discrecional en la elección de las garantías procedimentales que cumplan con dicha finalidad. Es así que –como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia– se debe diseñar un régimen específico de recursos rápidos y eficaces para fiscalizar la contratación pública, no siendo suficiente la aplicación de los recursos ordinarios que el Estado tenga establecidos para el resto de la actividad administrativa¹⁹⁷.

La incorrecta transposición de las Directivas de recursos al Derecho español fue objeto de dos sentencias del TJUE en las que se condenaba al Reino de España por no haber adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la normativa comunitaria. Concretamente, se trataba de las sentencias de 15 de mayo de 2003, *Comisión/España*, C-214/00, Rec. p. I-4667 y de 3 de abril de 2008, *Comisión/España*, C-444/06, Rec. p. I-2045. En esta última sentencia la condena se basaba en que la legislación española no preveía un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notificase la decisión de adjudicación del con-

196. La obligatoriedad de dicho sistema de recursos se impone a través de las Directivas 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, y la Directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992, relativa a los procedimientos de recurso en los sectores especiales. Estas Directivas fueron modificadas por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos (DOUE L 335, de 20 de diciembre de 2007, p. 31).

197. *Vid.* a este respecto, GIMENO FELIÚ, J. M., «El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos», en la obra colectiva *Observatorio de contratos públicos (...)*, *op. cit.*, especialmente pp. 224 y 225.

trato a todos los licitadores, ni un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración¹⁹⁸.

La incorporación de estas obligaciones exigía nuevos cambios en la normativa contractual española y para dar cumplimiento a este mandato es que se aprobó la Ley 34/2010, de 5 de agosto. El motivo de la reforma fue incorporar a la LCSP las prescripciones de la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, en lo que se refiere a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, y así convencer a la Comisión de cumplir con las obligaciones impuestas por parte de las «Directivas de recursos»¹⁹⁹.

El análisis de alguna de las disposiciones recogidas en la Ley 34/2010, de 5 de agosto, ha sido objeto de interpretación por parte de distintos informes de las Juntas Consultivas, como en el Informe 5/2011, de 28 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares²⁰⁰, respecto del régimen supletorio para las Comunidades Autónomas recogido en la Disposición transitoria segunda de la Ley, o como en su Disposición transitoria tercera por parte del Informe 3/2011, de 16 de mayo, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana.

-
198. Recordemos, como lo hacen BERNAL BLAY y GALLEGO CÓRCOLES, que una de las novedades más importantes en la redacción original de la LCSP había sido precisamente el establecimiento, en su artículo 37, de un recurso especial en materia de contratación derivado de las obligaciones del Derecho de la Unión, en BERNAL BLAY, M. Á., «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*, nº 100, septiembre 2010 y GALLEGO CÓRCOLES, I., «Comentario a la Ley 34/2010, de 5 de agosto», que aparece publicado como adenda en la obra colectiva *Contratación del sector público local*, 2ª ed., La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2010, pp. XIX a LXXIII.
199. *Vid.*, MORENO MOLINA, J. A., *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010 y en «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*, nº 25, octubre 2010, pp. 1-29.
200. El Informe 5/2011, de 28 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares, trata sobre el alcance de la suspensión o paralización del procedimiento derivada de la Disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010 en tanto que una Comunidad Autónoma no atribuya a un órgano concreto la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación. Su conclusión es que depende de varios factores, en concreto, del sentido de la resolución del recurso, del acto impugnado y de si el procedimiento de contratación estaba suspendido o no, ya sea en virtud de la suspensión ex lege o de la adopción de una medida cautelar.

– Informe 19/11, de 28 de octubre, de la JCCA del Estado, sobre la interpretación de la Disposición transitoria segunda, apartado d) de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, en relación con el momento en que puede formalizarse el contrato por el efecto temporal de la suspensión automática que impide la formalización del contrato en tanto la misma no sea levantada por decisión de los órganos que determina la Ley

En este Informe el Ayuntamiento de León solicita el parecer de la JCCA del Estado respecto de la interpretación de la Disposición transitoria segunda, letra d) de la Ley 34/2010, que regula el régimen de ejecutividad de las resoluciones en materia de contratación en tanto que una Comunidad Autónoma no regule ante quién debe incoarse la cuestión de nulidad o interponerse el recurso especial en materia de contratación. Es así que por parte de la JCCA del Estado se abordan las consecuencias procesales del recurso especial interpuesto ante un órgano de contratación de una Administración autonómica o Administración local de ese territorio, que no ha constituido aún su propio Tribunal de recursos contractuales o no haya convenido con la Administración estatal para que sea el Tribunal Central quien conozca de ellos (actual Disposición transitoria séptima TRLCSP sobre el régimen supletorio para las Comunidades Autónomas)²⁰¹.

La JCCA considera que la interpretación correcta de este apartado de la Disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010, consiste en entender que la interposición del recurso previsto en esta disposición comporta la suspensión automática de la adjudicación cuando éste sea el acto recurrido, y que, en el caso de interposición del recurso contencioso-administrativo, ésta se mantiene hasta que el órgano de la Jurisdicción decida sobre la misma.

– Informe 7/2011, de 7 de diciembre, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía, acerca de la interpretación de la Disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010, de 5 de agosto de modificación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público

La Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía también trata esta misma Disposición de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, e interpreta las normas que regulan la suspensión de los actos impugnados por un recurso especial de contratación cuando no se resuelven por

201. Aunque se trata de una actuación correspondiente al año 2012, resulta de interés mencionar que la interpretación que debe hacerse de la norma d) de la Disposición transitoria séptima del TRLCSP ha dado lugar a la publicación de la Recomendación, de 1 de marzo de 2012, de la JCCA del Estado (BOE nº 86, de 10 de abril).

un órgano independiente. La cuestión que se plantea es la de dilucidar a la vista de la Disposición transitoria segunda, letra d), de la Ley 34/2010 (actual Disposición transitoria séptima TRLCSP) cuáles son los supuestos en que se suspende la ejecutividad de las resoluciones dictadas en los recursos especiales en materia de contratación.

Así, de los supuestos contemplados en la Disposición transitoria segunda letra d) de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, sólo en el caso de que la resolución sea totalmente estimatoria debe entenderse que ésta será directamente ejecutiva, dejando a salvo el supuesto de comparecencia de terceros. En los demás casos, es decir, cuando se produzca una estimación parcial, desestimación o inadmisión, las resoluciones quedan en suspenso hasta que sean firmes o, si hubiesen sido recurridas, hasta tanto el órgano jurisdiccional competente no decida acerca de la suspensión de las mismas.

– Informe 14/11, de 15 de diciembre, de la JCCA del Estado, respecto de la procedencia de un recurso especial en materia de contratación y sus efectos en un contrato de gestión de servicios públicos

La primera de las cuestiones tratadas por la JCCA del Estado en este informe es la incorrecta calificación jurídica del contrato sometido a consulta y que condiciona la aplicación errónea de un régimen jurídico que no le resulta de aplicación. El contrato se califica de gestión de servicios públicos cuando se trata de un contrato de carácter patrimonial que tiene por objeto la concesión administrativa de utilización de un bien de dominio público afecto al servicio público para la explotación hotelera de un edificio de propiedad municipal (Hotel Balneario de Grávalos en La Rioja).

Por ello, una primera conclusión es que no cabe la interposición del recurso especial, procediendo, en su caso, de conformidad con el artículo 21.2 LCSP y sometiendo las posibles controversias a la jurisdicción ordinaria. Aún con ello, el órgano de contratación al haber indicado a los licitadores la procedencia de impugnación por medio del recurso especial, está obligado a mantener la suspensión de la tramitación del expediente de contratación y, por tanto, a no proceder a la formalización del contrato hasta el pronunciamiento del órgano jurisdiccional sobre la citada suspensión, si no estimase totalmente la demanda del recurrente. Y todo ello supeditado al hecho de que el recurso en cuestión no se encuentre incurso en causa de inadmisión.

3. LAS PARTES EN EL CONTRATO

El Título II del Libro I de la LCSP regula las partes del contrato

distinguiendo, de una parte, el órgano de contratación y, de otra, la figura del contratista entendiendo por tal la persona física o jurídica, española o extranjera, que reuniendo las condiciones de aptitud necesarias, adquiere el compromiso de realizar una prestación a favor de una entidad, organismo u ente del sector público²⁰². En el momento actual, la regulación de las partes del contrato se encuentra en los artículos 51 a 85, si bien –por motivos cronológicos– los informes de las Juntas consultivas que vamos a examinar se refieren a los derogados artículos 40 a 73 LCSP.

3.1. Los órganos de contratación

El artículo 40 LCSP (actual artículo 51 TRLCSP) define como órganos de contratación a los órganos, unipersonales o colegiados, que, en virtud de norma legal o reglamentaria o disposición estatutaria, tienen atribuida la facultad de celebrar contratos en nombre de los entes, organismos y entidades del sector público. De esta manera, la determinación concreta del órgano de contratación se encuentra en las normas administrativas que regula cada Administración pública. Estas normas serán las que fijen la competencia y el régimen de sus actos, si bien el artículo 40 LCSP recoge las ideas generales de la teoría del órgano administrativo, estableciendo asimismo, que los órganos de contratación podrán delegar o desconcentrar sus competencias y facultades en esta materia.

– *Informe 11/2011, de 4 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre el régimen jurídico de la delegación de competencias, en materia de contratación pública, del pleno de un Ayuntamiento a favor de otros órganos municipales y consecuencias de la resolución tardía de la adjudicación*

La consulta formulada por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Villanueva de Gallego (Zaragoza) versa sobre el artículo 135 LCSP –que regula la clasificación de las ofertas, adjudicación del contrato y notificación de la adjudicación– y en el que se prevé la intervención del órgano de contratación en distintas ocasiones tras la apertura y valoración de las proposiciones dentro de los plazos establecidos en este mismo artículo (artículo 151 TRLCSP).

202. El artículo 1.8 de la Directiva 2004/18/CE designa con los términos «contratista», «proveedor» y «prestador de servicios», «a toda persona física o jurídica, entidad pública o agrupación de dichas personas u organismos que ofrezca, respectivamente, la realización de obras o de una obra concreta, productos o servicios en el mercado».

La distribución de competencias en materia de contratación pública entre los órganos locales viene regulada en los apartados 1 y 2 de la Disposición adicional segunda de la LCSP. La existencia de competencias del Pleno municipal como órgano de contratación para determinados procedimientos de contratación, en aplicación de los límites de cuantía y materia, y de conformidad con lo dispuesto en el párrafo tercero de la citada Disposición adicional, lleva al Alcalde a considerar, que el régimen de sesiones del Pleno puede dificultar el cumplimiento de los plazos establecidos por la LCSP, y, en algunos casos, retrasar el trámite de los procedimientos en los que éste resulte competente como órgano de contratación.

Para informar este asunto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón acude a las disposiciones generales referentes al régimen y procedimiento para la delegación de competencias. Así, en función del principio de competencia, señala que la competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación (artículo 12 LRJ-PAC). La delegación supone una transferencia del ejercicio de una competencia de un órgano a otro distinto, es decir, del órgano que la tiene atribuida a otro que, inicialmente, carece de esta potestad. La delegación de competencias permite a un órgano, el delegado, que ejerza por encargo las competencias de otro, el delegante, sin que por ello se altere el sistema objetivo de distribución de competencias. De manera que, el régimen jurídico de la delegación de competencias, permite que el Pleno delegue las competencias que le corresponden como órgano de contratación, tanto en el Alcalde, como en Junta de Gobierno Local, según el procedimiento establecido en el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

– Informe 26/2011, de 23 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, acerca de los actos dictados por los órganos de contratación. Posibilidad de interpretar que todos ellos agotan vía administrativa

Este Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón trata acerca de la posibilidad de interpretar que todos los actos de los órganos de contratación agotan la vía administrativa, al objeto de no vulnerar –según el escrito de consulta– los principios de no discriminación e igualdad de trato de los licitadores, por la supuesta dualidad de regímenes impugnatorios que podría derivarse de admitir la procedencia del recurso de alzada o el potestativo de reposición según

que la condición de órgano de contratación recaiga en un Consejero o en el órgano rector de un organismo autónomo.

Para resolver la cuestión, la Junta Consultiva parte, en primer lugar, de la regulación de los órganos de contratación en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, y más concretamente, de la Disposición adicional segunda de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón. Posteriormente, se refiere a los artículos 107 LRJ-PAC y artículo 54 del Texto Refundido de la Ley de Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón que tratan sobre los actos y resoluciones que ponen fin a la vía administrativa.

A la vista de la citada normativa, este Informe sostiene que no cabe deducir con carácter general que todos los actos dictados por quienes tienen atribuida la condición de órganos de contratación ponen fin a la vía administrativa, pues dependerá del órgano de contratación que lo dicte. Por ejemplo, los Consejeros agotan vía, mientras que los actos de los órganos directivos de los organismos públicos no agotarán la vía administrativa, salvo que una Ley establezca lo contrario.

Su primera conclusión es, por tanto, que la condición de órgano de contratación no implica que todos sus actos agoten la vía administrativa, ya que dependerá del tipo de órgano y de la naturaleza del acto que dicten. Su segunda, y última conclusión, es que la existencia de diferentes recursos ordinarios según la condición del órgano de contratación no vulnera los principios de no discriminación e igualdad de trato de los licitadores, al disponer todos ellos de idéntico medio de defensa de sus intereses.

– Informe 15/11, de 15 de diciembre, de la JCCA del Estado, sobre el órgano a quien corresponde realizar la comprobación documental aportada por candidatos y licitadores

El Ayuntamiento de Leganés plantea a la JCCA del Estado dos cuestiones relativas a las funciones del órgano de contratación en relación con las asignadas a las Mesas de contratación. La primera se refiere a si es preciso acuerdo del órgano de contratación en sentido estricto para el ejercicio de las funciones establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 135 LCSP, relativas a la clasificación de las proposiciones presentadas y al requerimiento al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa. La segunda consulta se plantea sobre la competencia para solicitar aclaraciones o precisiones a las ofertas presentadas.

Para proceder al análisis de la primera de las cuestiones sometidas a informe, la JCCA del Estado nos recuerda el régimen jurídico vigente en aquel momento (LCSP) tanto con carácter general como el específico del ámbito local. Así, con carácter general, la LCSP diferencia entre los órganos de contratación, a los que atribuye en su artículo 135 determinadas competencias y, en particular, la de adjudicar el contrato, de los órganos competentes para la valoración de las proposiciones (artículo 295 LCSP), para las cuales el artículo 144 atribuye determinadas funciones de examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación. Por su parte, para las entidades locales la Disposición adicional segunda de la LCSP prevé unas normas específicas relacionadas con las mesas de contratación (apartados 4 y 10), manteniéndose en todo caso su consideración como órgano de asistencia para la valoración de las ofertas.

Respecto de esta primera cuestión, la JCCA del Estado entiende que el ejercicio de las competencias reconocidas en los apartados 1 y 2 del artículo 135 corresponde al órgano de contratación mediante el correspondiente acto. Si en una corporación local, como la solicitante, el órgano de contratación es la Junta de Gobierno Local, corresponderá a este órgano adoptar los oportunos acuerdos para el ejercicio de las competencias que les correspondan. Todo ello, sin perjuicio, de la posibilidad de delegar dichas competencias de acuerdo con lo dispuesto en la LRJ-PAC y en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local que no proscriben la posibilidad de delegar estos actos específicos. Por tanto, no existe contradicción entre los artículos 135 y 295 de la LCSP, habida cuenta que el artículo 135 al referirse al órgano de contratación debe entenderse en sentido amplio, esto es, incluyendo a la mesa de contratación, que desde un punto de vista laxo forma parte de él al configurarse como su órgano de asistencia.

La segunda cuestión que efectúa el Ayuntamiento de Leganés se refiere a si es necesario acuerdo expreso del órgano de contratación para solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas por los interesados en la adjudicación o si corresponde a la mesa de contratación la solicitud de las referidas aclaraciones para realizar la valoración de las ofertas y clasificarlas en orden decreciente. Sobre esta cuestión, la JCCA concluye que no es necesario acuerdo expreso del órgano de contratación en los supuestos previstos por los artículos 71 y 167 LCSP, pudiéndose solicitar las aclaraciones correspondientes por la mesa de contratación.

3.2. La aptitud para contratar con el sector público

La LCSP establece las condiciones de participación en los procedi-

mientos de contratación bajo el epígrafe general de «aptitud para contratar con el sector público», indicando en su artículo 43.1 que «sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas» (actual artículo 54.1 TRLCSP).

Estos criterios regulan los requisitos positivos que deben cumplir los candidatos y licitadores para llegar a ser contratista, a la vez que facultan a las entidades contratantes 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 o capacidad moral en denominación utilizada por nuestro Tribunal Supremo, estableciendo los supuestos en los cuales se puede excluir de los procedimientos de adjudicación a determinados sujetos.

Al análisis de algunas de las cuestiones relativas a los requisitos de capacidad para poder contratar con las entidades, organismos y entes del sector público se refieren los siguientes informes de las Juntas Consultivas. No obstante, en este apartado es también necesario hacer constar que por Acuerdo de la JCCA del Estado, de 15 de diciembre de 2011, se aprobó el modelo de formulario normalizado de declaración responsable que acredita ante el órgano de contratación la permanencia sin variación de las circunstancias relativas a la personalidad jurídica y demás circunstancias susceptibles de inscripción y constancias en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas (ROLECE)²⁰³.

3.3. Capacidad y solvencia del empresario

– *Informe 5/2011, de 14 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, sobre la determinación de la solvencia mínima a requerir a las empresas como requisito de aptitud para formar parte de los acuerdos marco*

203. Este Acuerdo se encuentra publicado en la *web* de la Plataforma de Contratación del Estado y también puede consultarse desde la página del Observatorio de Contratación Pública <http://www.obcp.es/>. El formulario de declaración responsable se puede consultar en http://contrataciondelestado.es/codice/2.0/tools/ModeloDeclaracion-Responsable_JCCA.doc [Fecha de consulta: 20 de abril de 2012].

El Presidente de la Diputación de Barcelona solicitó a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña un informe en relación con la aplicabilidad de la exigencia de solvencia y/o clasificación empresarial para formar parte de un acuerdo marco de servicios cuyo presupuesto de licitación es igual o superior a 120.202,42 euros. No obstante, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña consideró más oportuno plantear el análisis de esta cuestión de manera global respondiendo a la pregunta de cuál tiene que ser la solvencia a requerir como condición de aptitud a las empresas para que puedan formar parte de un acuerdo marco sin circunscribirlo a un supuesto concreto.

De esta manera, entiende que los requisitos mínimos de solvencia –o, en su caso, de clasificación empresarial– que se requieran para una determinada licitación del sector público tienen que estar relacionados con la concreta prestación que conforme el objeto del contrato en la licitación del cual se requiera. Asimismo, hay que tener en cuenta la necesidad de respetar la finalidad de los acuerdos marco que, como a medios de racionalización de la contratación pública, consiste en dotar a esta contratación de la flexibilidad necesaria que permita mayor eficiencia en la asignación de recursos.

Así, cuando el acuerdo marco se celebre con un único empresario, la determinación de los requisitos mínimos de solvencia a requerir como requisito de aptitud hay que hacerla teniendo en cuenta, además del objeto y la cuantía de los contratos derivados, que el adjudicatario de este contrato tiene que tener una solvencia suficiente para llevar a cabo la totalidad de los contratos que se deriven. En cambio, cuando el acuerdo marco se celebra con diversos empresarios, cada uno de éstos no tiene que tener necesariamente solvencia para llevar a cabo la totalidad de los contratos derivados del mismo.

Por todo ello, este Informe concluye que la solvencia mínima que procede requerir a las empresas como requisito de aptitud para formar parte de los acuerdos marco tiene que ser proporcional y relacionada con el objeto de los contratos y que su concreción debe hacerse teniendo en cuenta las especificidades y las características de los diferentes supuestos que pueden concurrir en el contrato.

– Informe 6/2011, de 5 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, respecto del establecimiento de la experiencia y del hecho de tener una delegación en el lugar de ejecución del contrato como requisito de solvencia, como criterio de adjudicación o como condición de ejecución de los contratos

En este informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, se plantean dos cuestiones. La primera se refiere a la posibilidad de que, para un contrato de gestión de servicios públicos, se pueda exigir que la solvencia técnica o profesional se acredite, entre otros medios, a partir de la experiencia de la empresa en el ámbito sanitario o sociosanitario y en poblaciones de derecho igual o superior a 16.000 habitantes. Asimismo, el Ayuntamiento solicitante del informe cuestiona la posibilidad de incluir como medio de acreditación de la solvencia del licitador el hecho de tener abierta una delegación en el lugar de ejecución del contrato o en sus alrededores, y si este mismo hecho puede operar también como criterio de valoración o como condición especial de ejecución contractual.

Respecto de la primera cuestión, este Informe comienza señalando que la experiencia de los licitadores es uno de los elementos que pueden tenerse en cuenta para evaluar la capacidad del operador económico para realizar la prestación de que se trate y, por lo tanto, es en la fase de verificación de la aptitud de las empresas –como criterio de selección cualitativa– y no en la fase de valoración de las oferta –como criterio de adjudicación– en la que se debe considerar. Así pues, la experiencia de las empresas licitadoras se debe tener en cuenta, como medio de acreditación de la solvencia y, una vez comprobada la solvencia del licitador, la adjudicación se lleva a cabo sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa.

En el caso concreto objeto del informe, la exigencia de una específica experiencia referida a unos ámbitos temporales, materiales y territoriales determinados se puede aceptar cuándo se establezca con la finalidad de garantizar que la empresa adjudicataria del contrato es la que dispone de las condiciones necesarias para ejecutar adecuadamente el objeto contractual y siempre que su determinación se efectúe con un respeto total y absoluto al principio de proporcionalidad, de tal manera que la solvencia exigida mantenga una proporción adecuada entre la complejidad técnica del contrato y su dimensión económica.

Sin embargo, concluye que el hecho de tener abierta una delegación en el lugar de ejecución del contrato o en sus alrededores no se puede considerar como un medio de acreditación de la solvencia. Su posible configuración como criterio de adjudicación será objeto de un tratamiento posterior en este trabajo al referirnos a los criterios de valoración de las ofertas, concretamente en el apartado 6.d).

– Informe 16/2011, de 8 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación

Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre cuestiones derivadas de la participación de los Centros Especiales de Empleo en los contratos reservados

Este Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón se refiere a una de las cuestiones que tradicionalmente ha sido más demandada por distintas organizaciones sociales, cual es la creación de «mercados tutelados» en el marco de programas de empleo protegido que supone permitir que determinadas entidades compitan entre ellas en el acceso a determinados contratos, pero alejadas del mercado ordinario sometido a un régimen de libre concurrencia.

En este sentido, la Disposición adicional séptima de la LCSP establecía, con carácter facultativo para los órganos de contratación, dos tipos de medidas: la posibilidad de reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de un contrato público a Centros Especiales de Empleo, o bien reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido (Disposición adicional quinta TRLCSP). Por su parte, la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, hace obligatoria la reserva de contratos para la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y sus organismos públicos, en los términos recogidos en su artículo 7, que se completa con lo dispuesto en la Disposición transitoria cuarta que establece que, para el año 2011, los porcentajes mínimo y máximo de contratos reservados sean del 3% y 8%, respectivamente²⁰⁴.

Las cuestiones que se plantean a la Junta por parte de la Patronal Aragonesa de la Discapacidad son dos. La primera se refiere a la posibilidad de concurrir en un contrato reservado Centros Especiales de Empleo junto con empresas que no tengan tal carácter, constituidas en uniones temporales de empresarios (en adelante UTE) y, la segunda versa sobre las posibilidades de subcontratación en los contratos reservados.

Respecto de la primera cuestión –que propiamente es la que se refiere a la materia que nos ocupa– se parte de la consideración general que nada impide la constitución de uniones temporales de empresarios en un contrato reservado. Ahora bien, el carácter de Centro Especial de Empleo o de Empresa de Inserción, que se exige por parte del artículo 7 de la Ley 3/2011 para ser contratista en un contrato reservado debe

204. Vid. a este respecto, BELTRÁN GÓMEZ, A. I., «Medidas adoptadas por las Comunidades Autónomas en materia de contratos públicos», en la obra colectiva *Observatorio de contratos públicos (...)*, op. cit., pp. 138 a 140.

concurrir en todos y cada uno de los eventuales integrantes de una UTE al tratarse de una condición legal de aptitud, en el sentido de título habilitante a que se refiere el apartado 2 del artículo 43 LCSP.

El segundo bloque se refiere a la subcontratación en los contratos reservados y la posibilidad de que un Centro Especial de Empleo subcontrate parte de la prestación con empresas ordinarias. En este sentido, la Junta consultiva considera que los contratos reservados están sometidos a las mismas reglas y requisitos generales de la subcontratación (artículos 52, 210 y 211 LCSP). Estos preceptos facultan al órgano de contratación a optar entre una variedad de posibilidades que van, desde la prohibición de la subcontratación, al establecimiento de límites cuantitativos y/o cualitativos a su ejercicio, siendo estos últimos los más adecuados atendiendo a la finalidad última de la reserva social.

3.4. Prohibiciones de contratar

Bajo la rúbrica «prohibiciones de contratar», el apartado primero del artículo 49 LCSP relaciona una serie de circunstancias cuya concurrencia en el licitador o candidato determina su imposibilidad para celebrar un contrato con todo el sector público²⁰⁵ (actual artículo 60 TRLCP). Estas prohibiciones han sido definidas y caracterizadas por la jurisprudencia como medidas de garantía del interés público, como tachas negativas que impiden la contratación, que carecen de naturaleza sancionadora aun cuando limitan derechos, que constituyen materia reservada a la ley y que resultan, igualmente, aplicables a los subcontratistas (artículo 210.5 LCSP-227.5 TRLCSP)²⁰⁶.

– *Informe 7/2011, de 5 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, acerca de la aplicabilidad de la extensión de las prohibiciones de contratar prevista en el artículo 49.3 de la LCSP*

El Alcalde del Ayuntamiento del Masnou (Barcelona) plantea si, en

205. La principal novedad que presentaba la LCSP con respecto a esta materia es que preveía unas causas generales de prohibición para contratar con todos los entes, organismos y entidades del sector público (artículo 49.1 LCSP) y otras causas específicas que impedirían contratar únicamente con las entidades que tuvieran la condición de Administraciones públicas (artículo 49.2 LCSP).

206. Sobre las prohibiciones de contratar, puede consultarse GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., *El contratista de la Administración Pública*, Marcial Pons-Cámara de Cuentas de Andalucía, Madrid, 2000; GALLEGO CÓRCOLES, I., «Capacidad y solvencia del empresario», en la obra colectiva *Contratación del sector (...), op. cit.*, pp. 404 a 438 dedicadas al artículo 49 LCSP y BERMEJO VERA, J., Voz «Prohibiciones de contratar», en el *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 537-552.

el caso que una empresa adjudicataria de un contrato de servicios se viera afectada por una prohibición de contratar porque «ha contraído deudas con la Seguridad Social y con la Agencia Tributaria, las cuales se reclaman en período ejecutivo» se podría invitar «a la persona que actuaba como apoderado y socio» de esta empresa al procedimiento negociado que se convocara para adjudicar aquel mismo servicio o si, por contra, se tendría que aplicar el artículo 49.3 LCSP que trata de evitar un posible fraude de ley.

Este precepto permite al órgano competente para ello apreciar la existencia de una prohibición de contratar, levantando el velo de la empresa al presumir que bajo una nueva apariencia, en realidad, se encubren personas físicas o sociedades incursas en una prohibición. De conformidad con el citado artículo, los efectos de las prohibiciones de contratar en que se encuentren incursas las personas jurídicas se pueden extender a las personas físicas de las cuales se presume que son continuación o que derivan de otras empresas en las que hubiesen concurrido prohibiciones de contratar.

La coincidencia entre el objeto social de la empresa declarada o incurso en prohibición de contratar y la actividad de la persona física que actuaba como apoderado y que pasaría ahora a prestar sus servicios por su cuenta, podría ser tenida en cuenta a efectos de la aplicación del artículo 49.3 de la LCSP. Ahora bien, las circunstancias concretas que concurren en este caso son desconocidas por la Junta Consultiva y, por ello entiende que su valoración debe corresponder a los órganos que tienen atribuido el asesoramiento jurídico del órgano de contratación.

– *Informe 18/2011, de 6 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre la existencia de una prohibición para contratar sobrevenida en el licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa*²⁰⁷.

La LCSP configura la circunstancia de estar el adjudicatario incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 49 LCSP como una de las causas de nulidad del contrato aplicable a los contratos de las Administraciones públicas y a los contratos sujetos a regulación armonizada (artículos 31 y 32 LCSP).

207. En este Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón se tratan otras cuestiones de interés como es la relativa a las consecuencias que tiene que el licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa no cumpla, en el plazo que tiene para ello, con las obligaciones requeridas por el artículo 135.2 LCSP.

La existencia de una prohibición de contratar jurídicamente eficaz, ya que hay que recordar que algunas de las prohibiciones no son apreciables directamente por el órgano de contratación (artículo 50 LCSP), impide la adjudicación y formalización del contrato al licitador incurso en ella. El supuesto de una prohibición existente antes de la formalización del contrato, pero que se constata en un momento posterior, conlleva la nulidad del contrato que entra en fase de liquidación, impidiendo a partir de ese momento, proseguir con la ejecución del mismo, que únicamente y bajo las circunstancias excepcionales reguladas en el artículo 35.3 LCSP se podría continuar temporalmente.

Por el contrario, si la prohibición para contratar aparece con posterioridad a la formalización del contrato, en la fase de ejecución, no podrá dar lugar a la resolución del contrato a instancia de la Administración, a no ser que haya sido configurada expresamente en los pliegos como causa de resolución al amparo del artículo 206.h) LCSP (actual artículo 223.h) TRLCSP).

De acuerdo con lo anterior, en el caso de que el licitador que ha sido requerido a presentar la documentación para ser adjudicatario del contrato, durante el plazo que tiene para ello y antes de la adjudicación, pasa a tener la condición de concejal por haber tomado posesión de su cargo, incurrirá en una causa de prohibición para contratar al amparo del artículo 49.1.f) LCSP que le impedirá ser adjudicatario del contrato y sin que deba entenderse que se ha producido una retirada indebida de la proposición. En el supuesto de que la condición de concejal se obtenga una vez acordada la adjudicación, no procederá la formalización.

– Informe 24/2011, de 12 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sobre las prohibiciones de contratar aplicables a las personas jurídicas en cuyo capital social participen miembros de una Corporación municipal, sus cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva o sus descendientes

Entre las distintas circunstancias que impiden contratar con el sector público, destacan las referidas a las posibles causas de incompatibilidad por parte de los cargos electos de las Corporaciones Locales. Esta cuestión ha sido tratada y resuelta en numerosas ocasiones por parte de las Juntas consultivas en años anteriores y, en síntesis, se refieren a cuándo y cómo actúan las incompatibilidades que recoge el artículo 178 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG), en relación con la prohibición de contratar del artículo 49.1.f) LCSP.

De conformidad con estos preceptos, este Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón sostiene, en primer lugar, que a los alcaldes y concejales les resulta de aplicación el artículo 49.1 f) LCSP en todos sus términos, de forma que están incurso en prohibición de contratar para aquellos contratos cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes:

a. Los Alcaldes y Concejales.

b. Sus cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes respecto de los que ostenten su representación legal.

c. Las personas jurídicas en las que los sujetos a los que se refieren los dos párrafos anteriores, ostenten el cargo de administrador o participaciones en su capital social.

Por otra parte, concluye señalando que la participación en el capital social de las personas jurídicas, sólo será relevante a efectos de determinar la prohibición de contratar prevista en el artículo 49.1.f) LCSP, si supera el 10% de las participaciones de la entidad.

– Informe 2/2011, de 29 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, sobre la actualización de las declaraciones responsables incluidas en los certificados expedidos por el registro de licitadores de la Comunidad de Madrid. Declaración responsable de no estar incurso en prohibición de contratar

La cuestión que se plantea ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid es determinar si las diferentes declaraciones responsables incluidas en los certificados expedidos por el Registro de Licitadores de la Comunidad de Madrid tienen la misma fecha de validez que el certificado que las contiene o, por el contrario, deben actualizarse transcurridos 6 meses desde que se emitieron dichas declaraciones.

Entre los documentos que el licitador y/o candidato debe acompañar a las proposiciones o solicitudes de participación en un procedimiento de adjudicación, se encuentra una declaración responsable de no estar incurso en prohibición de contratar, así como hallarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, sin efectuar ninguna indicación respecto a su período de validez, si bien, el Reglamento 1098/2001, de 12 de octubre, señala que las certificaciones acreditativas de estar al corriente en el cumplimiento de las

obligaciones tributarias y con la Seguridad Social tendrán una validez de seis meses a contar desde la fecha de expedición.

La presentación de esta declaración responsable responde al objetivo de simplificación y reducción de cargas administrativas, sin perjuicio de que la justificación acreditativa deba presentarse, antes de la adjudicación, por el empresario a cuyo favor se vaya a realizar ésta.

Asimismo, y con la misma finalidad simplificadora, entre la documentación exigida a los empresarios para inscribirse en el Registro de Licitadores de la Comunidad de Madrid, se encuentran la declaración responsable relativa a no estar incurso en prohibiciones e incompatibilidades para contratar con la Administración, de estar al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social y de no tener deudas en período ejecutivo de pago con la Comunidad de Madrid.

El artículo 72.2 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (RGCPM) establece que los licitadores inscritos en el Registro de Licitadores podrán presentar el certificado en cada procedimiento concreto, junto con la declaración responsable sobre la vigencia de los datos contenidos en el mismo, pudiendo sustituirse por su consulta electrónica.

En este caso, este Informe concluye que la fecha de validez de los certificados expedidos por el Registro de Licitadores de la Comunidad de Madrid es la que figura en su parte final y, por tanto, afecta a la totalidad de los datos contenidos en el mismo, y por ende a las declaraciones responsables presentadas por los licitadores. Si existieran discordancias entre la declaración responsable presentada por el licitador inscrito y la realidad registral, esas divergencias serán estimadas como un supuesto de prohibición de contratar comprendido en el artículo 49.1.e) LCSP, cuando la omisión expresa de la información induzca a error determinante al órgano de contratación y se haya efectuado con este propósito.

– Informe 9/2011, de 27 de octubre, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, sobre la posible concurrencia de una causa de prohibición de contratar de una fundación por el hecho de estar presidida por cargos electivos de entidades locales, o que éstos formen parte del órgano de administración de la fundación, en representación de la entidad local correspondiente

La cuestión que se plantea en este Informe por parte del Alcalde del Ayuntamiento de Cornellà de Llobregat (Barcelona) es dilucidar si,

de acuerdo con la prohibición de contratar del artículo 49.1.f) LCSP (actual artículo 60.1.f) TRLCSP), existe una causa de incompatibilidad para que un Ayuntamiento contrate con una fundación privada del sector público presidida, en representación del Ayuntamiento, por el propio Alcalde, al ostentar la entidad local la condición de fundadora, junto con otras personas públicas y privadas, y haber aportado a esta fundación el 90% de su dotación fundacional.

Este Informe concluye que en este supuesto no se produce la incompatibilidad recogida en el artículo 178 de la LOREG, y por ello, la prohibición de contratar, establecida en el artículo 49.1.f) de la LCSP no resulta de aplicación a una fundación presidida o de la cual forma parte como miembro del patronato un cargo electivo municipal, cuando esta participación se da en representación de la entidad local respectiva.

Un caso distinto es el supuesto tratado por el Informe 13/2010, de 26 de noviembre, de esta misma Junta Consultiva, sobre la concurrencia de una posible causa de prohibición de contratar de los cargos electos de las corporaciones municipales por el hecho de ser presidentes o vocales de una fundación, que concluía que la prohibición de contratar establecida en el artículo 49.1.f) LCSP era de aplicación a una fundación presidida, o de la cual forme parte como miembro del patronato un cargo electo municipal, cuando aquélla pretendía ser adjudicataria de contratos financiados totalmente o parcialmente por la corporación local con la cual estaban vinculados²⁰⁸.

3.5. Clasificación de las empresas

Las diferentes Juntas Consultivas de contratación administrativa se han pronunciado en múltiples ocasiones sobre diferentes aspectos y cuestiones surgidas con ocasión de la exigencia de la clasificación empresarial (artículo 54 LCSP –actual artículo 65 TRLCP–).

Una de las últimas ocasiones ha tenido lugar con ocasión del Informe 53/10, de 10 de diciembre, de la JCCA del Estado, en el cual se analiza la *Guía sobre contratación pública y competencia* elaborada por la Comisión Nacional de la Competencia. En este Informe, la JCCA del Estado manifiesta que «la clasificación empresarial tiene como finalidad

208. Como hemos señalado con anterioridad, el régimen de incompatibilidades previsto para los concejales se encuentra recogido en el artículo 178 de la LOREG. Este precepto dispone que son incompatibles con la condición de concejal «los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes».

adecuar las posibilidades de las empresas a las exigencias que el cumplimiento de cada contrato comporta, de manera que por vías objetivas, debidamente garantizadas, se determine de antemano la idoneidad de cada una con vistas a favorecer su acceso a la contratación mediante una determinación previa de las actividades a que puede concurrir y el importe de la misma respecto de lo que representa la ejecución parcial de tal actividad».

La exigencia de vinculación directa entre el objeto contractual y la clasificación exigida no es sino una consecuencia de una interpretación estricta del artículo 54 de la LCSP. Por lo que respecta a este artículo, la JCCA del Estado ha considerado que el requisito de la clasificación se configura, para los supuestos en que está establecida, como una capacidad especial o un plus de capacidad, cuya falta determina la sanción más grave que conoce el ordenamiento jurídico administrativo para los actos que adolecen de vicios, es decir, la nulidad absoluta o de pleno derecho. De esta consideración normativa de la clasificación como capacidad especial y, consecuentemente de su falta como incapacidad especial, se puede extraer un primer argumento contrario a la posibilidad de exigencia de clasificación en contratos para los que este requisito no está establecido expresa y preceptivamente, dado que, según unánime opinión doctrinal y jurisprudencial, las incapacidades especiales y las prohibiciones han de ser expresas en la Ley y no pueden inducirse ni presumirse.

Por otra parte, en línea con la interpretación estricta de los artículos 51.1 y 54.1 LCSP, la JCCA ha considerado que en los casos en que sea exigible la clasificación, el órgano de contratación no puede exigir a los licitadores otros documentos justificativos de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, porque precisamente la clasificación sustituye a estas justificaciones.

– *Informe 41/10, de 28 de octubre, de la JCCA del Estado, relativo a la expresión presupuesto igual o superior a 120.000 euros del artículo 54 LCSP, referido a contratos de servicios y exigencia de clasificación de las empresas*

El artículo 54 LCSP exige que para contratar con las Administraciones públicas la ejecución de contratos de servicios de presupuesto igual o superior a 120.000 euros, será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado.

La Alcaldesa del Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga) eleva una consulta a la JCCA del Estado solicitando cuál es el sentido que hay que dar a la expresión «pre-supuesto» a efectos de exigencia clasificación

del artículo 54, el de la duración total de contrato, con o sin prórrogas, aduciendo que la confusión proviene del texto del artículo 56.1 cuando se indica que la clasificación de las empresas se hará en función de su solvencia.

Según se manifiesta en este Informe, el presupuesto del contrato es el importe resultante de las sumas de los diferentes importes o subconceptos que determinan la suma total a satisfacer y en él se integra el valor estimado del contrato, por así disponerlo el artículo 76.1 de la Ley con una referencia expresa a las eventuales prórrogas. De esta manera, y despejando la duda expuesta, en los procedimientos de adjudicación de los contratos de obra y de servicios citados en el artículo 54 cuyo presupuesto, en el que se incluyen las prórrogas u otras opciones eventuales, sea igual o superior a los importes que se citan en el mismo, los órganos de contratación de las Administraciones públicas, han de exigir la clasificación correspondiente a las empresas que deseen concurrir a la adjudicación.

– Informe 9/11, de 15 de diciembre, de la JCCA del Estado, sobre cuestiones relacionadas con la Disposición transitoria quinta de la LCSP y la aplicación del artículo 54 de la Ley relativa a la clasificación de las empresas

El Alcalde de Santa Margalida (Mallorca) plantea ante la JCCA del Estado una serie de cuestiones todas ellas referidas a la interrelación entre el artículo 54.1 LCSP, que regula la exigencia de clasificación de las empresas, y la Disposición transitoria quinta, sobre determinación de los casos en que es exigible la clasificación de las empresas, ante las dudas surgidas relacionadas con su aplicación²⁰⁹. Entre todas estas cuestiones vamos a destacar, únicamente, las dos primeras en atención a su relación directa con la clasificación empresarial.

La primera cuestión se refiere a si en los contratos de servicios superiores al umbral establecido, debe ser exigida necesariamente la correspondiente clasificación empresarial, con las excepciones que se contemplan en el artículo 25.1 Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP). La respuesta ha de ser negativa en tanto en cuanto las excepciones determinadas por el legislador afec-

209. La Disposición transitoria quinta LCSP establece que «El apartado 1 del artículo 54, en cuanto determina los contratos para cuya celebración es exigible la clasificación previa, entrará en vigor conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley por las que se definan los grupos, subgrupos y categorías en que se clasificarán esos contratos, continuando vigente, hasta entonces, el párrafo primero del apartado 1 del artículo 25 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas».

tan a más tipos de actividades que se excluyen sin que, en nada queden afectadas las empresas por la medida. Por tanto, no se exigirá clasificación en los contratos cuyo objeto coincida con las actividades que el artículo 54.1 excluye, toda vez que el régimen transitorio tiene un fin diferente.

La segunda cuestión versa sobre si los contratos de servicios incluidos en las categorías 6, 8, 21, 26 y 27 del anexo II de la LCSP están excluidos, o en su defecto, sujetos a clasificación empresarial (servicios financieros, servicios de investigación y desarrollo, servicios jurídicos, servicios de esparcimiento, culturales y deportivos y otros servicios, respectivamente). Por la misma razón que en la consulta anterior, la clasificación no puede ser exigida porque así resulta del mandato de la Ley, que en el artículo 54.1 LCSP las excluye de tal requisito y lo confirma en la Disposición transitoria quinta al indicar que están sujetas al régimen establecido en la misma los contratos para cuya celebración es exigible la clasificación previa, lo que implica que no puede ser aplicada cuando tal requisito no sea exigible. Según la JCCA del Estado, opinar lo contrario daría lugar a una notable confusión entre los numerosos órganos encargados de la tramitación de los expedientes y entre las empresas.

4. OBJETO, PRECIO Y CUANTÍA DEL CONTRATO

Uno de los aspectos que despertó el interés de las Juntas Consultivas tras la aprobación de la LCSP fue el de la depuración conceptual de los diferentes términos que se utilizaban para aludir al elemento cuantitativo del contrato, puesto que la LCSP en su articulado hacía referencia a diversos conceptos de contenido económico que, incidiendo en los procedimientos de contratación, no estaban completamente delimitados²¹⁰. Una vez aclarados estos conceptos, los informes de las Juntas Consultivas en este apartado se han dedicado a atender las consultas

210. Cabe destacar, a título de ejemplo, el Informe de la JCCA del Estado 26/08, de 2 de diciembre, sobre la determinación de en qué supuestos debe considerarse que cuando la Ley de Contratos del Sector Público habla de precio, importe, valor estimado o cualquiera de los distintos conceptos similares que utiliza para aludir al aspecto cuantitativo de los contratos, incluye la cuota por el Impuesto sobre el Valor Añadido y en qué supuestos no. Igualmente, la Recomendación 1/2009, de 28 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, sobre **valoración de ofertas** en los procedimientos de adjudicación en que concurren licitadores que tienen la condición de minoristas **exentos de IGIC**, y sobre **delimitación** del contenido y alcance **de los términos «proposición económica», «precio o retribución del contrato», «presupuesto de licitación», «retención de crédito presupuestario», y «valor estimado del contrato»**.

relacionadas con la forma de retribución al contratista, el plazo de pago aplicable a los entes, organismos y entidades y sobre la revisión de precios.

4.1. Precio y cuantía del contrato

En lo que se respecta al precio del contrato hay que tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 75 y 76 de la LCSP (actuales artículos 87 y 88 TRLCSP), distinguiendo entre el precio del contrato y el cálculo de su valor estimado. Asimismo, y relacionado con el precios hay que mencionar también los artículos 77 y ss. de la LCSP referidos a la revisión de precios en los contratos de las Administraciones públicas (artículo 89 y ss. TRLCSP).

– Informe 35/10, de 6 de abril de 2011, de la JCCA del Estado sobre el día que determina el inicio del plazo para la revisión de precios en los contratos administrativos

El régimen de revisión de precios contenido en el artículo 77 de la LCSP, establece una norma general y otra especial. Como norma general, el artículo 77, en su párrafo primero prevé que «La revisión de precios en los contratos de las Administraciones Públicas tendrá lugar, en los términos establecidos en este Capítulo y salvo que la improcedencia de la revisión se hubiese previsto expresamente en los pliegos o pactado en el contrato, cuando éste se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por 100 de su importe y hubiese transcurrido un año desde su adjudicación. En consecuencia, el primer 20 por 100 ejecutado y el primer año de ejecución quedarán excluidos de la revisión».

Por tanto, en este artículo se establecen dos limitaciones a la revisión de precios, una de carácter material, relativa al hecho de haberse ejecutado el 20% de su importe y otra, de carácter temporal, que exige que haya transcurrido un año desde su adjudicación. Como norma especial, y para el caso de que se trate de contratos de gestión de servicios públicos, el segundo párrafo de este mismo artículo señala sólo una limitación de carácter temporal, como es la relativa al primer año de ejecución del contrato.

Respecto de la norma general, la consulta formulada por parte de la Intervención General de la Administración del Estado respecto de cuál es el día que determina el inicio del plazo para la aplicación de la revisión de precios en los contratos administrativos, plantea una aparente contradicción entre los dos párrafos del artículo 77. 1, al señalar que el hecho de que hubiese transcurrido un año desde su adjudicación,

puede resultar contradictorio con la afirmación de que el primer año de ejecución quede excluido de la revisión.

La JCCA del Estado considera que la interpretación válida de este precepto es la de considerar que el segundo inciso del mismo realiza una función aclaratoria del primero, de manera que, al señalar que es necesario que «hubiese transcurrido un año desde su adjudicación», significa que «el primer año de ejecución queda excluido de la revisión». Teniendo en cuenta que la ejecución del contrato es posterior a la adjudicación, sólo podrá procederse a aplicar las fórmulas de revisión de precios, una vez que haya transcurrido el plazo de un año desde su adjudicación.

Estas dos limitaciones no se pueden considerar excluyentes, pues ambas son condiciones mínimas de aplicabilidad de la institución de la revisión de precios. Al mismo tiempo que no se excluyen, son dos requisitos distintos, que deben cumplirse de forma conjunta, de manera que, necesariamente, el porcentaje del 20% sólo se puede referir a un aspecto material, relativo a la prestación objeto del contrato, cuyo plazo de iniciación sólo puede ser el de la ejecución del contrato, mientras que el requisito temporal, relativo al plazo de un año, lo marca la Ley a partir del momento de adjudicación del contrato²¹¹. Por tanto, este Informe concluye que el hecho de que el último inciso del artículo 77.1 haga referencia al «primer año de ejecución» simplemente se refiere a un período de tiempo de un año, exento de revisión de precios, posterior en todo caso al momento de adjudicación y computable a partir de éste. Es así que, inicio del cómputo del plazo de un año, previsto por la Ley para la revisión de precios, de acuerdo con el artículo 77.1 de la LCSP comienza a partir del momento de la adjudicación del contrato, como prevé esta misma norma.

– *Informe 2/2011, de 14 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, respecto de la repercusión en el precio de los contratos del aumento de los costes salariales del personal de la empresa adjudicataria*

Como hemos señalado con anterioridad, el precio es uno de los elementos esenciales del contrato y su regulación estaba contenida en el artículo 75 LCSP (actual artículo 87 TRLCSP). Este artículo establece la

211. Esta misma cuestión es tratada por parte del Informe 2/2011, de 9 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, acerca de la forma en que debe aplicarse el límite de un año desde la adjudicación del contrato, como requisito para la aplicación de la revisión de precios en los contratos de obra.

exigencia de que el precio sea cierto y adecuado para el cumplimiento efectivo del contrato mediante la estimación correcta de su importe, atendiendo al precio general de mercado en el momento de fijar el presupuesto de licitación.

La exigencia legal de que el precio del contrato sea cierto no implica que éste tenga que ser fijo o inalterable, sino que admite variaciones y, en este sentido, una de las posibilidades de variación se refiere a la revisión de precios, que hemos tratado en el informe anterior.

Otro de los mecanismos que puede pretender también el restablecimiento del equilibrio económico del contrato es el de la modificación contractual, siempre y cuando se dieran las condiciones legales para proceder a dicha modificación (antes de la modificación de la LCSP llevada a cabo por la Ley de Economía Sostenible, la modificación de los contratos administrativos se encontraba regulada, con carácter general, en el artículo 202.1 LCSP).

No obstante, este Informe señala que la adecuación del precio del contrato durante su ejecución a la realidad del mercado se tiene que efectuar, ordinariamente, por el sistema de la revisión de precios que se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y de acuerdo con las previsiones de la legislación de contratos y que, en este supuesto concreto, se debe descartar la posibilidad de revisar el precio del contrato con motivo de acuerdos de carácter laboral vinculados a los costes de mano de obra.

Asimismo, este Informe concluye que el incremento del precio de un contrato, como consecuencia de un acuerdo posterior o simultáneo a la adjudicación de una contratación que implique el aumento de los costes salariales pactados no justifica, por sí mismo, la concurrencia de un riesgo imprevisible para efectuar la modificación del contrato.

– Informe 3/2011, de 14 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, sobre la posibilidad de pagar el precio de un contrato que tiene por objeto la realización de obras de urbanización, una parte en dinero y la otra en terrenos, en el caso en que la ejecución del planeamiento urbanístico se efectúe por el sistema de reparcelación en la modalidad de cooperación

El Ayuntamiento de Dosrius (Barcelona) ha solicitado informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña sobre la legalidad de prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares de un contrato para la ejecución de las obras de

urbanización, la posibilidad de pago del precio del contrato una parte en dinero y la otra en terrenos.

El artículo 75.1 LCSP dispone que, en los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean. La posibilidad de pagar mediante otras contraprestaciones no se encontraba recogida en el Texto Refundido del 2000 (TRLCAP), ni se prevé de manera expresa en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En el ámbito europeo, la jurisprudencia del TJUE no ha señalado que la retribución al contratista deba hacerse necesariamente en dinero, sino que se ha limitado a afirmar que el carácter oneroso de los contratos implica que el poder adjudicador que ha celebrado un contrato público, en estos casos de obra, reciba una prestación a cambio de una contraprestación (sentencias de 12 de julio de 2001, *Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi y otros*, «Scala de Milán», C-399/98, Rec. p. I-5409; de 18 de enero de 2007, *Auroux y otros*, C-220/05, Rec. p. I-385 y de 25 de marzo de 2010, *Helmut Müller*, C-451/08, Rec. p. I-2673).

En atención a lo expuesto, este Informe sostiene que de la dicción del artículo 75.1 LCSP es posible hacer efectivo el pago de la contraprestación correspondiente por la ejecución de un contrato público de forma diferente al pago dinerario en caso de que la misma LCSP u otra norma con rango de ley así lo establezcan.

No obstante, para aclarar las dudas concretas se debe tener en cuenta que el supuesto planteado hace referencia a la realización de unas obras de urbanización que se van que ejecutar por reparcelación, en la modalidad de cooperación, y que respecto a la tipificación del contrato objeto del Informe se trata de un contrato de obras al cual le resulta de aplicación la LCSP y, en concreto, el artículo 75.1 de esta Ley.

Así, mientras que la LCSP contempla de forma expresa la posibilidad de satisfacer el precio del contrato de una manera diferente al pago en dinero con respecto al contrato de suministro, al contrato de gestión de servicios públicos y al contrato de concesión de obra pública, no prevé esta posibilidad en relación con el contrato de obras. Tampoco la normativa de régimen local ni la normativa urbanística catalana prevén actualmente la posibilidad de hacer efectiva la contraprestación, con carácter general, de forma diferente al pago en dinero, por lo cual no será posible.

– Informe 58/10, de 23 de mayo de 2011, de la JCCA del Estado respecto del plazo de pago aplicable a los entes, organismos y entidades que, aun perteneciendo al sector público estatal, no tienen la consideración de Administración Pública

Los problemas relativos al incumplimiento de los plazos de pago en las operaciones comerciales han llevado a que, desde la UE, se adopten medidas específicas de lucha contra esta morosidad por entender que amenaza la consecución del mercado interior al influir negativamente en la liquidez de las empresas, complicar su gestión financiera y afectar a su competitividad y rentabilidad cuando se ven obligadas a buscar financiación exterior.

Una de esas medidas es la aprobación en el año 2000 de la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Esta Directiva tiene como finalidad la adopción de medidas con objeto de solucionar los problemas de morosidad y se dirige a regular los plazos de pago y los intereses de demora en las operaciones comerciales tanto entre particulares, como entre particulares y poderes públicos.

Sus disposiciones fueron traspuestas al ordenamiento español mediante la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, y en ella, por medio de su Disposición final primera, se modificaba la legislación contractual entonces vigente (TRLCAP) al recoger una mención expresa a las relaciones comerciales derivadas de contratos públicos y diferenciándose, por tanto, del régimen general en cuanto a los plazos de pago.

La Ley 3/2004 ha sido modificada por la Ley 15/2010, de 5 de julio, que también modifica la LCSP, y que en referencia a los plazos de pago del sector público, reduce de sesenta días a un máximo de treinta el plazo de pago, que se aplicará a partir del 1 de enero de 2013, atendiendo a un período transitorio para su entrada en vigor (artículo 200.4 y Disposición transitoria octava LCSP).

Respecto del ámbito de aplicación subjetivo de la Ley 3/2004, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, la Ley señala que sus disposiciones se aplicarían a las relaciones comerciales de empresas entre sí y entre empresas y la Administración (artículo 3). Esta disposición en relación con el concepto de Administración, es la que provoca la consulta del Abogado General del Estado (Ministerio de Justicia).

La referencia a la Administración pública sin que se refleje la distin-

ción entre los organismos, entidades y entes que a efectos de la legislación contractual integran la Administración pública y quienes se consideren integrantes del sector público, pero están sometidos a un régimen de contratación diferente, genera esta duda interpretativa²¹².

En atención a las conclusiones de este Informe, y respecto de los contratos adjudicados por las Administraciones públicas, las deudas tienen que ser pagadas en el plazo de treinta días. En tal sentido, los organismos, entidades y demás entes que a los efectos establecidos en la LCSP se integran en el concepto Administración pública, han de pagar sus deudas en tal plazo. Por el contrario, los organismos, entidades, entes, empresas, fundaciones, mutuas, etc., que no tienen la condición de Administración pública a los efectos de la LCSP –aún siendo poderes adjudicadores– no les resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 200.4 y en base a ello han de pagar sus deudas en el plazo de sesenta días, conforme se regula en el artículo 4.1 de la Ley 3/2004.

Aunque este Informe de la JCCA del Estado no se refiera a ello, creemos importante destacar que estas dudas –e incluso polémica– tienen fecha de caducidad porque 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, deroga la Directiva 2000/35/CE con efectos a partir del 16 de marzo de 2013²¹³.

Esta Directiva, de manera expresa, y como manifiesta su considerando decimocuarto para proporcionar coherencia en la legislación de la Unión, al referirse a los poderes públicos no lo hará a las Administraciones públicas, sino a quienes resulten poderes adjudicadores tal y como se definen en las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE. De esta manera, los Estados miembros se deberán asegurar de que, en las operaciones comerciales en las que el deudor sea un poder público, el acreedor tenga derecho, al vencimiento del plazo general de treinta días naturales –con algunas excepciones posibles– a intereses legales de demora, sin necesidad de aviso de vencimiento (artículo 4 Directiva 2011/7/UE).

– Informe 49/10, de 28 de octubre, de la JCCA del Estado, respecto de la normativa aplicable a la valoración de una concesión administrativa

212. Sobre esta cuestión –y las distintas posturas doctrinales mantenidas en relación a esta materia– Vid. BERNAL BLAY, M. A., «Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos» en la obra colectiva *Observatorio de contratos públicos (...)*, *op. cit.*, especialmente sus pp. 145 a 153.

213. Artículos 12 y 13 Directiva 2011/7/UE (DOUE L 48, de 23 de febrero de 2011).

La consulta formulada ante la JCCA del Estado por el Alcalde del Ayuntamiento de Almussafes (Valencia) parte del hecho que en la LCSP se contemplan disposiciones generales relativas a la fijación del precio, dentro de sus artículos 75 y 76, pero no disposiciones específicas relativas a la valoración de una concesión administrativa.

A pesar de ello, este Informe recuerda que ha de tenerse en cuenta que las concesiones administrativas son una modalidad de los contratos de gestión de servicios públicos y estos contratos se integran como contratos administrativos típicos en el bloque normativo regulador. Por esa razón, la JCCA considera que para calcular el importe de contrato de gestión de servicios públicos bajo la modalidad de la concesión administrativa, ha de aplicarse lo establecido al efecto en los artículos 75 y 76 de la Ley debiendo procederse por el órgano de contratación a valorar, mediante la correspondiente estimación, los diversos factores que se integran en el mismo.

– Informe 5/2011, de 16 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, sobre la admisión o rechazo de proposición con importe cero

El Secretario General Técnico de la Consejería de Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid solicita informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa respecto de si debe procederse al rechazo de una proposición que ha ofertado un porcentaje de comisión del 0,00% en un contrato de mediación de seguros, o bien admitirse por entender que el precio del contrato es de 0 euros y el porcentaje de comisión es únicamente un criterio de adjudicación del contrato.

Concretamente, se trata de la licitación de un contrato privado de mediación de seguros a adjudicar mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios, en el que su pliego de cláusulas administrativas particulares establece que el objeto de este contrato no genera gasto alguno para la Administración, puesto que el adjudicatario será retribuido mediante las comisiones que le hayan de satisfacer la entidad o entidades aseguradoras con las que concierte los seguros. Así pues, se trata de un contrato cuyo presupuesto de licitación es de 0 euros.

Dado, por tanto, que el presupuesto de licitación del contrato es de 0 euros, y que la oferta económica actúa únicamente, junto a otros criterios, en calidad de criterio de adjudicación, resulta admisible cualquier tipo de porcentaje de comisión ofertado sobre la prima neta de la póliza o pólizas de seguros que se contraten. La proposición presentada por la

empresa de referencia se ajusta a lo dispuesto en el artículo 129 de la LCSP, ajustándose a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y por ello, concluye este Informe señalando que la oferta de la empresa objeto del escrito de consulta no adolece de ningún defecto que motive su exclusión del procedimiento de licitación.

– Informe 5/2011, de 22 de noviembre de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la de la Generalitat Valenciana, sobre la fórmula de revisión de precios en contratos de servicios y la improcedencia de aplicación de las fórmulas de revisión de precios para los contratos de obras

En el contrato de limpieza de edificios municipales del Ayuntamiento de Tavernes Blanques (Valencia) se recoge que la revisión de precios se realizará por aplicación de la fórmula general número 39 contenida en el Anexo del Decreto 3650/1970, de 19 de diciembre, que hace referencia a la revisión de los contratos de obras. Las dudas se manifiestan respecto de considerar más conveniente un sistema de revisión más acorde con la naturaleza del contrato, si bien la empresa contratista pretende aplicar la fórmula citada, excluyendo los coeficientes relativos a la mano de obra y aplicando los índices de mano de obra de su sector.

Ante este hecho, la Junta Superior de Contratación Administrativa de la de la Generalitat Valenciana manifiesta que las fórmulas-tipo generales de revisión de precios establecidas por el Decreto 3650/1970, de 19 de diciembre²¹⁴, complementado por el Real Decreto 2167/1981, de 20 de agosto, que amplía la relación de fórmulas, no pueden aplicarse para la revisión de precios de los contratos de servicios. Por lo que su inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares supone una infracción del ordenamiento jurídico, deviniendo así la nulidad de la fórmula utilizada.

No obstante, y dado el derecho del contratista a la revisión de precios procederá la indemnización mediante el índice o fórmula que atienda a la verdadera naturaleza del contrato.

4.2. Garantías

La constitución de garantías como parte del contenido obligacional

214. El Decreto 3650/1970, de 19 de diciembre estuvo vigente hasta el hasta el 26 de diciembre de 2011 que es la fecha de entrada en vigor del Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas (BOE nº 258, de 26 de octubre de 2011).

de un contrato debe su fundamento, no sólo a tratar de asegurar el mantenimiento de la oferta por parte del licitador hasta la adjudicación del contrato, sino también a la necesidad de que el contratista asegure el cumplimiento de las obligaciones que contrae durante la ejecución contractual. Bajo estas consideraciones se han publicado distintos informes por parte de las Juntas Consultivas de Contratación durante el año 2011.

– Informe 1/2011, de 15 de junio, de la Junta de Contratación Pública de Navarra, sobre el importe de la garantía en los contratos de obras de las entidades locales de Navarra una vez recibida la obra y habiendo mediado una oferta anormalmente baja

Por parte del Alcalde del Ayuntamiento de Tudela se formula una consulta a la Junta de Contratación Pública de Navarra sobre el importe de las garantías para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato una vez efectuada la recepción cuando el contratista presentó una oferta que incurrió en oferta anormalmente baja.

Este asunto se refiere a una de las especialidades de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra, introducidas por la Ley Foral 1/2007, de 14 de febrero, respecto de la regulación general que establece la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, y por tanto, se circunscribe al ámbito de las entidades locales de Navarra.

Según dispone el artículo 230.2 de la Ley Foral de la Administración Local de Navarra «El pliego de cláusulas administrativas particulares deberá prever la constitución de garantías para el cumplimiento de obligaciones con carácter previo a la formalización del contrato cuando el importe de éste sea superior a 300.000 euros, IVA excluido, en los contratos de obras, y superior a 60.000 euros, IVA excluido, en los de suministro y asistencia, así como, en cualquier contrato, independientemente de su naturaleza y cuantía, cuando el adjudicatario hubiera presentado una oferta que podía presumirse anormalmente baja de conformidad con la legislación foral de contratos públicos, en cuyo caso se constituirá por el 50% del precio de adjudicación, sin perjuicio de su devolución o cancelación parcial antes de la recepción del contrato, previo informe de la unidad gestora del contrato, con el límite del 25% del precio de adjudicación».

De los propios términos del precepto se entiende que la regulación afecta a todos los contratos públicos de las entidades locales de Navarra, no sólo a los contratos de obra, e impone una garantía para el cumpli-

miento de las obligaciones del contrato, que se ha de constituir con carácter previo a la formalización del mismo, cuando la oferta del adjudicatario haya incurrido en la presunción de ser anormalmente baja. Esta obligación tiene un ámbito temporal que comienza en el momento anterior a la formalización del contrato y que termina con la recepción. Por tanto, para un momento posterior como es el del período de garantía de las obras el importe de las garantías para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del contrato tiene que estar disciplinado por otra norma.

En consecuencia, este Informe concluye que la regulación aplicable a este supuesto es la contenida en el artículo 95.1 de la Ley Foral de Contratos Públicos, incluso en los casos de en que la oferta del adjudicatario se haya presumido anormalmente baja. Este artículo 95 señala que el importe de las garantías para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato es el señalado en el pliego de cláusulas administrativas particulares sin que pueda exceder del 4 por 100 del valor estimado del contrato, salvo que dicho pliego considere que concurre un supuesto especial en cuyo caso el pliego puede exigir que se preste una garantía complementaria de hasta un 5 por 100 del importe de adjudicación del contrato.

– Informe 42/10, de 28 de octubre de 2011, de la JCCA del Estado, sobre la modificación de la garantía constituida. Necesidad de ampliarla hasta cubrir el precio total y las consecuencias que acarrearía la no ampliación de la garantía definitiva

El Ayuntamiento de Coria (Cáceres) plantea tres cuestiones relacionadas entre sí relativas a la garantía definitiva constituida por el adjudicatario en un contrato de gestión del servicio público de «Limpieza viaria, recogida y traslado de residuos urbanos, campañas de desratización, desinfección y desinsectación en el término municipal de Coria», habiéndose ya acordado por el Ayuntamiento la adjudicación definitiva del contrato una vez aceptada la fianza constituida.

Cabe indicarse que la garantía definitiva tiene por objeto asegurar el cumplimiento del contrato y las responsabilidades que en ejecución del mismo puedan derivarse respecto de la Administración y de terceros. En este sentido, y de conformidad con el artículo 83 LCSP, el pliego de cláusulas administrativas establecía que «el que resulte adjudicatario provisional del contrato deberá constituir una garantía del 5% del importe de adjudicación, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido».

Al tratarse de un contrato con un período de vigencia de 12 años,

las dudas surgían respecto de si para el cálculo del importe de adjudicación debía tenerse en cuenta el importe anual –conforme al cual se había licitado y adjudicado el contrato– o bien el importe completo correspondiente al conjunto de 12 años de vigencia prevista para el contrato.

Sobre la interpretación del alcance del concepto «importe de adjudicación» ya se ha pronunciado en distintas ocasiones la JCCA del Estado a propósito de computar en dicho importe todo el período de duración del contrato, inclusive su prórroga. Por lo tanto, esta Junta entiende que la garantía definitiva debería haberse calculado aplicando el 5% sobre el precio total durante los 12 años de vigencia del contrato, por lo que no es correcta la fianza constituida y aceptada por el Ayuntamiento.

Concluida la incorrección de la fianza constituida, cabe entrar en las otras dos cuestiones planteadas: la necesidad de ampliar la fianza y las consecuencias que acarrearía la no ampliación de la misma. El dato fundamental es que el Ayuntamiento ha dado por buena la garantía constituida, ya que requerido el adjudicatario provisional a su constitución, se ha dado por buena la documentación presentada y se ha procedido a elevar a definitiva la adjudicación provisional y en consecuencia a adjudicar definitivamente el contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135.4 de la Ley 30/2007 vigente al momento en que los hechos se producen²¹⁵.

Existe, en definitiva, un acto declarativo de derechos para el adjudicatario, estimando correcta la garantía aportada. En su virtud, no podrá exigirse la ampliación de la garantía en tanto no se revise el acto citado, para lo cual deberán seguirse los cauces previstos en el artículo 34 LCSP, que se remite a lo dispuesto en la LRJ-PAC.

Informe 3/2011, de 24 de noviembre, de la Junta Consultiva de Canarias, sobre la devolución de la garantía definitiva constituida en un contrato de concesión de obra pública, una vez concluidas las obras y antes de que transcurra el plazo otorgado para su explotación

El Alcalde del Ayuntamiento de Los Realejos (Tenerife), formula consulta a la Junta Consultiva de Canarias sobre la posibilidad de devolución de la garantía definitiva constituida en un contrato de concesión

215. Recordemos que entre los cambios más importantes llevados a cabo por la Ley 34/2010 destacan la refundición de la adjudicación en un solo acto desapareciendo con ello la dualidad entre adjudicación provisional y adjudicación definitiva y la modificación de la regla tradicional según la cual los contratos se perfeccionan mediante su adjudicación, estableciéndose a partir de entonces que su perfeccionamiento tiene lugar con la formalización del contrato.

de obra pública, una vez concluidas las obras y antes de que transcurra el plazo de 60 años otorgado para su explotación, concretando los términos de la consulta en cuanto a la viabilidad de dos posibles alternativas: devolución de la garantía una vez concluidas las obras aunque no haya finalizado el plazo concesional, tal y como solicita el contratista, o alternativamente, devolución sólo parcial de la garantía en la parte correspondiente a la obra ejecutada, manteniéndola en la parte que corresponde a la fase de explotación.

Concretamente, se trata de un contrato de concesión de obra pública en terreno propiedad municipal, para la construcción y explotación de parque, plaza pública, estacionamiento y locales comerciales, al que resulta de aplicación –por una cuestión temporal– el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) y cuyo pliego de cláusulas administrativas particulares establece que el adjudicatario deberá constituir la fianza definitiva en un importe equivalente al 4% del presupuesto de adjudicación, garantía que «deberá mantenerse hasta que se realice la recepción definitiva de las obras».

La cuestión sobre la que versa la consulta viene motivada por las incongruencias u omisiones que presenta el clausulado del pliego, ya que al no establecer expresamente un plazo de garantía para las obras ejecutadas, dificulta la viabilidad práctica de interpretar que la devolución de la garantía definitiva se ha de realizar en el momento en que, una vez terminadas las obras, haya transcurrido el plazo de garantía. Pese a lo dicho, se puede llegar a ciertas conclusiones de alcance general.

Así pues, el arrendamiento a terceros de las plazas de aparcamiento y de los locales comerciales no constituye un servicio de cuya correcta prestación se responsabilice el adjudicatario del contrato de concesión, sino que, en realidad, es un sistema de explotación de los bienes objeto de concesión que el contrato otorga al adjudicatario, a su riesgo y ventura, con la finalidad de retribuirle la ejecución de las obras.

Una vez puestos en uso los inmuebles e instalaciones objeto de la concesión, el pliego limita la responsabilidad del contratista a las deficiencias que, derivadas de la ejecución de las obras, se pongan de manifiesto durante el período de garantía, o sean causadas por vicios ocultos de la construcción que puedan surgir posteriormente, atribuyendo la responsabilidad de la conservación y mantenimiento de los inmuebles e instalaciones a los propios usuarios.

De acuerdo con ello, la garantía constituida responde tan sólo de las deficiencias de ejecución de la obra realizada, por lo que, de acuerdo

con lo preceptuado en los artículos 44 y 47.1 del TRLCAP, deberá ser devuelta o cancelada una vez haya transcurrido el plazo de garantía establecido para dichas obras. Dado que en el pliego remitido no se ha establecido plazo de garantía, sería de aplicación la regla general contenida en el artículo 147.3 del mismo texto refundido respecto al plazo de garantía en los contratos de obra, es decir que no podrá ser inferior a un año. Dicho plazo deberá computarse a partir de la fecha en que, una vez concluidas las obras, se constató su correcta ejecución en el «acta de comprobación de obras».

– Informe 22/11, de 15 de diciembre, de la JCCA del Estado, respecto de los efectos de la subsanación de defectos ejecutados durante el plazo de garantía del contrato

La consulta planteada por el Presidente de la Diputación Provincial de Zamora consiste en resolver cuál es la naturaleza jurídica del plazo de garantía de los contratos administrativos, en relación con la posible suspensión del cómputo de la garantía cuando se requiere al contratista la subsanación de los vicios o defectos imputables al mismo.

Esta cuestión no se encuentra regulada dentro de la legislación de contratos, por lo cual es preciso acudir a otras normas subsidiarias, si bien haciendo constar que en la regulación de contratos respecto de las garantías exigibles al contratista obedece a la idea de cubrir un eventual resarcimiento de los daños que puedan causarse a la Administración. En este sentido, el Tribunal Supremo ha afirmado que la garantía del cumplimiento de los contratos, actúa como indemnización previamente fijada o reparación anticipada de los eventuales daños causados a las Administraciones públicas (STS de 1 de diciembre de 1988).

Siendo pues, el carácter de la garantía, indemnizatorio o resarcitorio de los daños causados por el contratista a la Administración, el plazo para hacerla efectiva sólo podrá ser el de la acción para reclamar una indemnización de este tipo, de manera que su naturaleza jurídica será la misma que la que se contiene en las reglas generales que regulan la acción para reclamar daños y perjuicios (artículo 1968.2 del Código Civil). Según este artículo, este plazo es de prescripción, con todos los efectos que se puedan derivar, en cuanto a la posibilidad de interrupción y la reanudación del mismo, una vez se haya efectuado la reparación. Así se entiende sin perjuicio de lo que los pliegos hayan podido establecer.

Por todo ello, este Informe de la JCCA del Estado concluye que si durante el plazo de garantía de un contrato administrativo, se observan

vicios o defectos en la prestación imputables al contratista y la Administración contratante requiere la subsanación de los mismos, procediendo éste a su correcta reparación, no se suspende el cómputo del plazo de garantía durante el tiempo necesario para la subsanación de estos defectos, y, por tanto, no se reanuda ese cómputo una vez efectuada la reparación por lo que una vez realizada ésta, no comienza a computarse desde un principio.

5. LA PREPARACIÓN DE LOS CONTRATOS

Los aspectos referidos a la preparación de los contratos se encuentran regulados en el Libro II de la LCSP –y también del TRLCSP– distinguiendo entre la preparación de los contratos celebrados por las Administraciones públicas y las reglas aplicables a la preparación de los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administraciones públicas y de los contratos subvencionados (artículos 93 a 121 LCSP/artículos 109 a 137 TRLCSP).

5.1. Pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas

En este apartado del trabajo, nos vamos a referir a los informes de las Juntas Consultivas que tratan aspectos generales sobre los pliegos de cláusulas administrativas particulares, sin atender a la competencia de las Juntas de informar con carácter preceptivo los modelos tipos de pliegos particulares de general aplicación, puesto que tras las modificaciones legislativas acaecidas en este último año han resultado una constante y han obligado a adaptar los pliegos aprobados al amparo de la LCSP.

En todo caso, y según nos recuerda la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, es importante destacar que los cambios que han debido reflejarse en los nuevos modelos de pliegos se pueden resumir en:

1. La excepcionalidad de la garantía provisional;
2. Modificación en la práctica de la notificación de los actos de exclusión de licitadores;
3. Supresión de la dualidad «adjudicación provisional-adjudicación definitiva» y la consiguiente regulación de una única adjudicación;
4. Modificación de la formalización del contrato, cuyo acto perfecciona el contrato;
5. Notificaciones electrónicas.

– Informe 56/10, de 28 de octubre de 2011, de la JCCA del Estado, sobre si en el pliego cláusulas administrativas particulares es posible regular cuestiones referidas a la relación contractual entre el contratista y el subcontratista y cuestiones de régimen transitorio referidas a la morosidad en las operaciones comerciales propias de la relación entre el contratista y sus proveedores

Como señalábamos con anterioridad al referirnos al Informe 58/10, de 23 de mayo de 2011, de la JCCA del Estado, las medidas contra la morosidad han centrado alguna de las reformas de la legislación contractual ante el agravamiento del problema de los impagos por parte de las Administraciones a sus proveedores²¹⁶. Éste es uno de los aspectos fundamentales que son tratados también por este Informe de la JCCA del Estado.

La primera cuestión planteada por el Ayuntamiento de Calahorra (La Rioja) es la relativa a la aplicabilidad a los subcontratos derivados del contrato de la Disposición transitoria tercera de la Ley 15/2010, de 5 de julio, de 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. Dicha disposición transitoria tercera viene a fijar plazos máximos de pago entre contratistas y proveedores o subcontratistas para el período transitorio de dos años cuando dichas relaciones deriven de un contrato de obra civil con las Administraciones públicas que se encontrase «vivo», esto es, no finalizado, en la fecha de entrada en vigor de esta Ley.

A este respecto la JCCA del Estado manifiesta que no le corresponde pronunciarse acerca de una relación, la que se establece entre contratista y subcontratista, en la que ningún ente perteneciente al sector público administrativo es parte, pues tal y como indica el artículo 210.4 de la Ley 30/2007, «los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de

216. Como ejemplo claro de esta problemática baste señalar la aprobación del Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales (BOE nº 48, de 25 de febrero) y la creación de la entidad de Derecho público denominada Fondo para la Financiación de los pagos a proveedores para ejecutar dicho plan de pago, extensible a las Comunidades Autónomas, mediante el Real Decreto-ley 7/2012, de 9 de marzo (BOE nº 60, de 10 de marzo de 2012). Asimismo, cabe destacarse el Acuerdo 6/2012, de 6 de marzo, del Consejo de Política Fiscal y Financiera, por el que se fijan las líneas generales de un mecanismo extraordinario de financiación para el pago a los proveedores de las Comunidades Autónomas (BOE nº 90, de 14 de abril de 2012).

la ejecución del contrato frente a la Administración (...)». Por lo que ante esta cuestión se declara incompetente.

En la segunda y última cuestión, el Ayuntamiento de Calahorra expone su duda acerca de «si en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que se aprueben a partir de la entrada en vigor de la Ley 15/2010, se puede imponer la prohibición de que el contratista pueda acordar con sus subcontratistas y proveedores plazos de pago superiores a los previstos para las relaciones entre la Administración y el contratista, y como máximo los señalados en la Disposición transitoria tercera de dicha Ley».

En respuesta a esta cuestión la JCCA del Estado recuerda que en anteriores informes ya se había mostrado contraria a que los órganos de contratación pudieran establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la posibilidad de ejercitar potestad alguna de disposición sobre la retribución del contratista con objeto de atender o asegurar los pagos de éste a los subcontratistas. Esta postura se mantiene en las conclusiones de este Informe al afirmarse que las relaciones entre contratistas y subcontratistas –al tratarse de relaciones jurídico-privadas– no pueden ser objeto de una regulación en los pliegos de cláusulas administrativas particulares más allá de lo establecido en la normativa que regula los contratos del sector público, por escapar estas relaciones jurídico-privadas del ámbito la legislación de contratos y del propio de los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

– *Informe 54/10, de 15 de diciembre, de la JCCA del Estado, respecto una consulta sobre los pliegos de cláusulas administrativas particulares*

La Confederación Nacional de la Construcción formula una serie de consultas a la JCCA del Estado que versan sobre las siguientes materias: La primera se refiere a la posibilidad de establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares una limitación en la propuesta económica del 10%. La segunda pregunta por los efectos que se producirían si se conoce el contenido de las ofertas antes de la apertura de las ofertas. La tercera plantea cuál es el efecto de que no se conozca ni se anuncie el momento de apertura de las proposiciones, y la última, versa sobre cuál es el contenido del acta en la que se refleje el acto de apertura de las proposiciones.

A este respecto, la JCCA del Estado considera lo siguiente:

Sobre la posibilidad de establecer en el pliego una limitación en la propuesta económica del 10% al objeto de que se excluyan aquellas ofertas cuya baja supere dicho porcentaje, la JCCA del Estado sostiene que

se podrá admitir la limitación propuesta, siempre que concurran las condiciones señaladas en el artículo 85 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que establece los límites a las ofertas presentadas por los licitadores, destacando el hecho de que este artículo sólo es aplicable cuando el único criterio a tener en cuenta sea el precio.

Sobre cuáles son los efectos que se producirían si se conoce el contenido de las ofertas antes de la apertura de las proposiciones y cuál es el efecto de que no se conozcan ni se anuncie el momento de apertura de las proposiciones, ambos son casos de infracción de las normas reguladoras del procedimiento y, por tanto, de infracción del ordenamiento jurídico, por lo que tiene el carácter de anulables conforme al artículo 63 LRJ-PAC. En el caso que hubiera un solo licitador, el artículo 22.1.g) *in fine* del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, permite el desistimiento del contrato, que sólo podrá ser acordado por el órgano de contratación en los términos del artículo 139 LCSP (actual artículo 155 TRLCSP). Si hubiera varios licitadores, la Mesa excluirá aquéllos que hayan facilitado el contenido de sus ofertas, antes del momento previsto para ello, pudiendo continuar el procedimiento con los restantes.

Por último, sobre el contenido del acta en la que se refleje el acto de apertura de las proposiciones, éste será el que determine la Mesa de contratación (u órgano equivalente competente para la licitación), si bien siempre deberá respetar lo dispuesto en el artículo 27.1 LRJ-PAC, respecto de las actas. Tanto los miembros de la Mesa de contratación (u órgano equivalente), como los licitadores, podrán hacer constar en el acta que se levante, sus reservas u observaciones.

– *Informe 57/10, de 15 de diciembre, de la JCCA del Estado, sobre la posibilidad de incluir en los pliegos para obras el derecho de tanteo a favor de una empresa*

La cuestión objeto de consulta por parte del Ayuntamiento de Alcalá de Henares (Madrid) se concreta en considerar la posibilidad de establecer un derecho de tanteo en posteriores concursos de obras, a favor de la empresa constructora que resulte adjudicataria de las acciones que se emitan de la Empresa Municipal de la Vivienda de Alcalá de Henares, SA, constituida para la construcción y promoción de viviendas.

El derecho de tanteo supone conferir una preferencia para la adquisición de un bien o derecho, a favor de una determinada persona, en el momento en que se proceda a disponer de ese bien o derecho. En este caso, se concede este derecho y, con él, esa preferencia a la empresa adjudicataria que suscriba las acciones, en los concursos de obras que,

en el futuro, pueda celebrar la Empresa Municipal, en las condiciones que se especifiquen en el informe, a saber, que haya participado en el concurso y que su oferta no se diferencie de la preseleccionada en un 5%.

Para abordar esta cuestión, la JCCA del Estado se refiere, en primer lugar, a uno de los principios generales de la contratación pública recogido en la Directiva 2004/18/CE y que consagra nuestra regulación contractual en el artículo 1 tanto de la LCSP como del TRLCSP, cuál es el principio de no discriminación²¹⁷. Este principio tiene además aplicación directa a los procedimientos de adjudicación por estar recogido expresamente en el artículo 123 LCSP (actual artículo 139 TRLCSP). La declaración contenida en estos artículos pone de manifiesto hasta qué punto no está permitido discriminar las ofertas por razón de las características que pueda tener cada una de las empresas licitadoras, en este caso, su condición de accionista en la Empresa Municipal que adjudique el contrato en cuestión. Por tal motivo, esta preferencia puede considerarse contraria a los principios de igualdad y no discriminación, al suponer un trato preferente respecto de una empresa en el momento de la adjudicación de un contrato²¹⁸.

En atención a este argumento –y teniendo además en cuenta que los criterios de valoración de las ofertas deben estar directamente vinculados al objeto del contrato– la JCCA del Estado concluye que no puede admitirse la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas de un derecho de tanteo a favor de la empresa constructora que suscriba las acciones de la Empresa Municipal de la Vivienda para futuros contratos de obras que la misma Empresa pueda adjudicar.

5.2. Publicidad

– Informe 29/11, de 23 de mayo, de la JCCA del Estado, sobre cuestiones referidas a la publicidad de los procedimientos de adjudicación de los contratos

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

218. En la *Guía sobre contratación y competencia* elaborada por la Comisión Nacional de la Competencia y dada a conocer en febrero de 2011, al referirse al derecho de tanteo lo hace en los siguientes términos: «el derecho de tanteo permite al beneficiario subrogarse en la posición del licitador que resulte adjudicatario, sustituyéndole en el contrato. La ventaja así otorgada al vigente titular relaja las tensiones competitivas entre éste y el resto de competidores, en detrimento de las condiciones competitivas de las ofertas y en consecuencia de la oferta vencedora. Por lo tanto, por lo general, ambos derechos deben evitarse». Esta Guía La Guía se encuentra disponible en la página web de la Comisión Nacional de la Competencia <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Promocion/Guia para AAPP/tabid/177/Default.aspx> [Fecha de consulta: 21 de abril de 2012].

En este Informe de la JCCA del Estado se resuelven algunas de las cuestiones planteadas por el Director de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado ante la JCCA del Estado; sin embargo, y como manifestábamos al principio de este trabajo, no se entra a valorar la consulta relativa a si están o no exentos de una tasa los diversos anuncios que se han de publicitar en el marco del procedimiento de adjudicación de un contrato, puesto que la JCCA entiende que «no corresponde a esta Junta Consultiva pronunciarse por cuestiones establecidas en normas que regulan cuestiones ajenas a la contratación» (*vid.* la nota al pie nº 8 de este trabajo).

Respecto de las cuestiones que sí afectan a cuestiones propias de la contratación y que se refieren a los anuncios de los diferentes actos y fases del procedimiento de adjudicación de un contrato, esta JCCA alcanza las siguientes conclusiones:

- Los anuncios previos constituyen una publicación oficial de inserción obligatoria en el BOE cuando se haya enviado el mismo anuncio previamente al Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE).
- Los anuncios de licitación cualquiera que sea el procedimiento que se siga, constituyen una publicación oficial de inserción obligatoria, pudiendo repercutirse su importe en el adjudicatario o eximirse de su pago en virtud de lo que se manifieste al respecto en el pliego de cláusulas administrativas particulares.
- El anuncio de formalización de los contratos, en los términos que refiere el artículo 138 de la Ley (actual 154 TRLCSP) constituye una publicación oficial de inserción obligatoria en los boletines oficiales, pudiendo ser sustituida en los supuestos que señala el citado artículo en relación con los supuestos a que hace referencia el artículo 122.3 (actual 138.3 TRLCSP).
- Los anuncios citados deberán también ser publicados en la Plataforma de Contratación del Estado y en el perfil del órgano de contratación.
- Los anuncios de formalización de los contratos que no requieren su inserción en el BOE, se han de publicar en el mismo boletín en el que se publicó el anuncio de licitación.

6. LA SELECCIÓN DEL CONTRATISTA Y LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS

La coordinación de los procedimientos de contratación pública que

superan ciertos umbrales económicos ha constituido el objeto de las Directivas de la Unión Europea sobre contratación desde sus inicios. En este sentido, debe recordarse que, según reitera el TJUE, las reglas sobre licitación previstas en las Directivas sobre contratación pública se adoptaron para suprimir las trabas y evitar los obstáculos a las libertades de establecimiento, circulación de servicios y mercancías y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofertar sus prestaciones a las entidades adjudicadoras de otro Estado²¹⁹.

A este respecto, ha de señalarse que para la consecución de estos objetivos, «el Derecho de la Unión aplica en particular el principio de igualdad de trato de los licitadores o candidatos y la obligación de transparencia que resulta del mismo»²²⁰ e impone a los poderes adjudicadores el sometimiento a unos determinados procedimientos de licitación. Asimismo, y en cada fase del procedimiento de licitación, el poder adjudicador está obligado a respetar el principio de igualdad de trato de los licitadores²²¹.

La legislación española de contratos regula la selección del contratista y la adjudicación de los contratos en su Libro III (artículos 122 a 191 LCSP/artículos 138 a 207 TRLCSP).

6.1. Procedimientos de adjudicación

Respecto de los procedimientos de adjudicación, las Juntas Consultivas vienen señalando, en primer lugar, que los procedimientos ordinarios de adjudicación de los contratos públicos son el abierto y el restringido. Además, sostienen que el procedimiento negociado es un procedimiento excepcional, ya que únicamente su utilización está permitida cuando concurra alguna de las circunstancias contempladas en la normativa.

219. Son distintas las sentencias del Tribunal de Justicia que se refieren a los objetivos de la normativa contractual. Entre todas ellas, y sin ánimo de exhaustividad, vamos a referirnos a las sentencias de 3 de octubre de 2000, *University of Cambridge*, C-380/98, Rec. p. I-8035, apartado 16; de 18 de octubre de 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartado 32; de 18 de junio de 2002, *HI*, C-92/00, Rec. p. I-5553, apartado 43 y de 13 de noviembre de 2007, *Comisión/Irlanda*, C-507/03, Rec. p. I-9777, apartado 27.

220. Sentencia del TJUE de 29 de marzo de 2012, *SAG ELV Slovensko*, C-599/10, apartado 25, con cita expresa en la sentencia de 19 de junio de 2008, *Pressetext Nachrichtentagentur*, C-454/06, Rec. p. I-4401, apartados 31 y 32.

221. Sentencia de 29 de abril de 2004, *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, Rec. p. I-3801.

La utilización del procedimiento negociado en cualquiera de sus dos variantes –con o sin publicidad– ha sido objeto de tratamiento en distintos informes durante el año 2011, e incluso, ha tenido cierto protagonismo en la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, que, en atención a su interés, traemos a colación en este momento, aun cuando propiamente no se trate de un informe.

– Informe 1/2011, de 14 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, sobre la forma de presentación de las proposiciones e intervención de la mesa de contratación en procedimientos negociados en los que se establezcan criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y criterios evaluables de forma automática; y la forma de presentación de las proposiciones en procedimientos para la adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones públicas

El Departamento de Economía y Finanzas, actual Departamento de Economía y Conocimiento, solicitó, a instancia de la Intervención General, informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en relación con «varias cuestiones sobre el procedimiento negociado y procedimientos de los poderes adjudicadores».

Las consultas planteadas conllevan tener que analizar el sistema de valoración de las ofertas configurado por la LCSP y por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el cual se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, tanto con carácter general como, específicamente, en relación con los procedimientos negociados y con los procedimientos de contratación licitados por entes, organismos y entidades del sector público que tienen la consideración de poderes adjudicadores, pero no son Administraciones públicas.

Para llevar a cabo este análisis, este Informe parte del marco normativo fijado en relación con la adjudicación de los contratos del sector público y nos recuerda cuáles son los rasgos básicos del procedimiento negociado.

El procedimiento negociado es un procedimiento excepcional, al que sólo se puede recurrir si concurre alguna de las causas habilitantes previstas con carácter tasado en los artículos 154 a 159 de la LCSP (artículos 170 a 175 TRLCSP). El elemento definidor de este tipo de procedimiento es la negociación de las condiciones del contrato con las empresas participantes y se caracteriza por ser un procedimiento flexible, justamente por la negociación que se lleva a cabo. La concurrencia de

una de las causas que habilitan su utilización es un requisito imprescindible para poder adjudicar un contrato mediante este procedimiento, pero no lo impone.

Por la propia naturaleza del procedimiento negociado, en el cual la adjudicación recae en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación después de efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato, las ofertas en este procedimiento no son equiparables a las proposiciones presentadas en los procedimientos de adjudicación ordinarios. La flexibilidad que caracteriza a este tipo de procedimientos –y de la cual deriva la falta de obligatoriedad de presentar la documentación relativa a las ofertas de las empresas de una forma prefijada– pierde su fundamento por la ausencia de mecanismos de negociación, ya que éste es el elemento que, hay que insistir, motiva la necesidad de flexibilidad en estos procedimientos.

Sobre la base de las consideraciones generales sobre el procedimiento negociado, la Junta Consultiva formula las siguientes conclusiones:

Primera. En los procedimientos negociados no resulta aplicable la obligación de presentar la documentación relativa a los criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor, en caso de que se hayan previsto, en un sobre independiente del resto de documentación de la oferta. No obstante, los órganos de contratación tienen la posibilidad de establecer, mediante su previsión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, la necesidad de que las empresas presenten determinada documentación relativa a sus ofertas en sobres independientes.

Segunda. En los procedimientos negociados sin publicidad la intervención de la mesa de contratación es, en todo caso, potestativa y, en los procedimientos negociados en que se haya constituido, se tiene que reunir para abrir el sobre o sobres de las empresas licitadoras que contengan la documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refiere el artículo 130.1 de la LCSP y la relativa a las ofertas, y para calificar y valorar, respectivamente, esta documentación. En estos casos, no es obligatoria la realización de los actos públicos de apertura de las proposiciones previstos en el Real Decreto 817/2009, pero sí posible y en ocasiones aconsejable.

La tercera de las cuestiones planteadas en este Informe hace referencia a si «las reglas relativas a la presentación de documentación de la licitación en tres sobres» les resultan de aplicación a los contratos sujetos

a regulación armonizada de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones públicas, «de conformidad con el artículo 144 de la LCSP» (artículo 160 TRLCSP).

La respuesta a esta cuestión parte de la regulación contenida en el artículo 174.1 de la LCSP (artículo 190 TRLCSP), de acuerdo con el cual la adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones públicas se rige por las normas que establece el capítulo anterior –es decir, por las que resultan de aplicación a la adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas– con determinadas adaptaciones. De esta manera, resulta aplicable a la adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones públicas, tanto la norma prevista en el tercer párrafo del apartado 2 del artículo 134 de la LCSP, relativa al hecho que la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se tiene que hacer después de haber efectuado la de los otros criterios en que no se dé esta circunstancia, como la determinación de los supuestos y las condiciones en que se tiene que hacer pública la evaluación previa y la forma en que se tienen que presentar las proposiciones para hacer posible esta valoración separada, contenida en el Real Decreto 817/2009.

– Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa a cuestiones suscitadas en la preparación de los contratos: calificación, fraccionamiento, la excepcionalidad del procedimiento negociado, la solvencia del contratista, los criterios de adjudicación y los gastos imputables al contratista

Esta Recomendación, respecto de la excepcionalidad del procedimiento negociado, comienza manifestando que la utilización de este procedimiento desde su aprobación por parte de la LCAP de 1995, se configuró con carácter excepcional, frente al carácter ordinario de la utilización de los procedimientos abierto y restringido.

La Directiva 2004/18/CE (artículos 30 y 31) contempla también este carácter excepcional, materializándolo en una serie de supuestos tasados en los que se entiende concurre esta excepcionalidad. Sin embargo, y en un ambiente de crítica constructiva, esta Recomendación sostiene que nuestra legislación incluye algunos supuestos –principalmente los amparados por razón de la cuantía– que no parecen responder a esas circunstancias excepcionales, introduciendo por lo tanto excepciones no justificadas a la regla general del carácter ordinario y preferente de los

procedimientos abierto y restringido. Esta aseveración se fundamenta en los siguientes argumentos.

El carácter contrario a las Directivas de los supuestos de procedimiento negociado que no estén previstos en las citadas Directivas, ha sido reconocido por la jurisprudencia comunitaria, habiendo declarado que deberá ser objeto de una interpretación estricta, en especial la STJUE de 13 de enero de 2005, de condena al Reino de España (*Comisión/España*, C-84/03, Rec. p. I-139). Así se recuerda que estamos ante un procedimiento de excepción y que no son posibles interpretaciones «generosas» del mismo, en tanto se afecta al principio de concurrencia y eficiencia. Así, la sentencia de 14 de septiembre de 2004, al condenar a la República Italiana por la utilización de este procedimiento incorrectamente, insistiendo en qué los supuestos que lo amparan deben ser interpretados restrictivamente y que la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales, que justifican la excepción, incumbe a quien quiera beneficiarse de ellas (*Comisión/Italia*, C-385/02, Rec. p. I-8121).

Pese a la existencia de estos antecedentes, la LCSP no sólo ha mantenido los supuestos del procedimiento negociado por razón de la cuantía, sino que ha incrementado los umbrales cuantitativos por debajo de los cuales se puede utilizar el procedimiento negociado para la adjudicación de contratos, ampliando, o difuminando al menos, la regla general de la excepcionalidad en la utilización de este procedimiento.

Por ello, en esta Recomendación la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón quiere poner de manifiesto que el procedimiento negociado sin publicidad, en contratos de obras limitado a tres ofertas hasta una cuantía de 200.000 euros, es un procedimiento, que aunque se comporta como un procedimiento ordinario, representa una importante restricción de la concurrencia que aconseja su uso limitado conforme al principio de buena administración.

Cuando el legislador diseña un catálogo de procedimientos de contratación, y establece unas franjas económicas operativas para cada uno de ellos, está estableciendo una pauta del camino, orientando acerca de la mejor forma de abordar la adjudicación de los contratos públicos, haciendo inoperativo el carácter preferente y ordinario de los procedimientos abierto y restringido. No obstante, y pese al panorama legislativo expuesto, los órganos de contratación en la elección del procedimiento de adjudicación no pueden olvidar uno de los principios

generales que deben de inspirar la contratación del sector público, que es la garantía de la mayor concurrencia y publicidad, como de hecho predica el artículo 1 LCSP.

Otro de los supuestos que en demasiadas ocasiones ha amparado la utilización del procedimiento negociado en contratos de obras, es el previsto con carácter general como posible para todos los contratos en el apartado e) del artículo 154: «Cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 96».

Sin duda alguna este supuesto, como todos los demás del procedimiento negociado, debe ser interpretado restrictiva y subsidiariamente, en la medida en que permite la utilización de este procedimiento excepcional con merma de los principio de publicidad y libre concurrencia. En este sentido se pronunció el TJUE en su sentencia de 18 de marzo de 1992 (*Comisión/España*, C-24/91, Rec. p. I-1989), en la que consideró que existía incumplimiento por parte del Estado español, por haber decidido una Universidad pública –la Universidad Complutense de Madrid– adjudicar por contratación directa la obras de ampliación y reforma de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología y de la Escuela de Trabajo Social, sin que concurriesen motivos de urgencia que no se pudieran atender suficientemente con la tramitación urgente del expediente.

La utilización del procedimiento negociado en este supuesto exige siempre acreditar en el expediente, la imposibilidad de dar suficiente respuesta a tal urgencia, a través de la tramitación urgente de un procedimiento ordinario, justificando la necesidad de utilizar el procedimiento negociado con carácter subsidiario. Con el afán de insistir en este carácter excepcional y subsidiario del supuesto, y remarcar la necesidad de acreditar suficientemente la concurrencia de estas dos circunstancias acumulativas, existe en la LCSP, una previsión específica para la Administración local. El apartado 9 de la Disposición adicional segunda dispone que: «cuando se aplique el procedimiento negociado en supuestos de urgencia a que se hacen referencia en el artículo 154, letra e), deberán incorporarse al expediente los correspondientes informes del Secretario o, en su caso, del titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la entidad, y del Interventor, sobre justificación de la causa de urgencia apreciada».

En todo caso, aun cuando la Ley posibilite la utilización de este

procedimiento el órgano de contratación debe motivar el porqué de su elección atendiendo, lógicamente, a las ventajas que se derivarían de la utilización de este procedimiento –más complejo en tanto obliga a una negociación, y cuyo desarrollo debe incluirse en el expediente– tal y como exige el artículo 93.4 LCSP (actual artículo 109.4 TRLCSP).

– *Informe 15/2011, de 8 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, respecto del ámbito de aplicación y regulación del «procedimiento simplificado» creado por la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón*

Entre las novedades legislativas a reseñar durante el año 2011, ocupa un lugar destacado la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón²²². Esta Ley, tal y como manifiesta su Preámbulo, tiene por objetivo adoptar las medidas necesarias que, respetando la legislación estatal y la de la UE, permitan una más rápida y eficiente tramitación de los contratos públicos.

De esta manera, en esta Ley se contemplan distintas medidas que buscan conseguir una mayor concurrencia, eficiencia, agilidad y simplificación en las distintas fases de los procedimientos administrativos de contratación. Entre estas medidas destaca la recogida en su artículo 10 que crea el denominado «procedimiento simplificado» para los contratos de obras, suministro y servicio que no superen determinados límites económicos y siempre por debajo de los umbrales fijados por las disposiciones de la Unión, esto es, «todo contrato de suministro y servicios de valor estimado inferior a 150.000 euros, IVA excluido, y de obras inferior a 2.000.000 de euros, IVA excluido».

No obstante, y aunque se trate de una actuación posterior a la publicación de este Informe, cabe indicarse que este artículo 10 ha sido objeto de reforma por parte de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón. Su artículo 33.2 sustituye la expresión «procedimiento simplificado» por la de «trámite simplificado», en relación con la tramitación simplificada del procedimiento abierto, acogiendo así el criterio expresado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en el Informe que seguidamente vamos a tratar y en atención a los argumentos que sustentan la interposición del recurso de inconstitucionalidad n^o

222. Esta Ley se encuentra publicada en el BOE n^o 83, de 7 de abril de 2011 y su Anteproyecto había sido sometido a informe de la Junta Consultiva de Aragón que se pronuncie sobre él con ocasión de su Informe 4/2011, de 19 de enero.

6720-2011, promovido por el Presidente del Gobierno, contra dicha Ley²²³. En concreto, y respecto del artículo 10, el recurso entiende que los procedimientos de licitación previstos en la Directiva 2004/18/CE y en el artículo 138 TRLCSP (antes artículo 122 LCSP) son los únicos que pueden existir en nuestro ordenamiento jurídico y que, en todo caso, la Comunidad Autónoma puede, en ejercicio de su facultad de desarrollo, simplificar los trámites en aquellas regulaciones de cada procedimiento básico que se puedan considerar «complementarias o de detalle», pero que no puede introducir procedimientos que nominal y procedimentalmente se aparten de aquéllos²²⁴.

Los cambios incorporados a la Ley 3/2011 inciden en la necesidad de respetar, en todo caso, la legislación básica y parece seguir la línea argumental empleada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 15/2011, de 8 de junio.

En este Informe, se detallan las características de esta modalidad de tramitación simplificada, puesto que desde un principio, y como conclusión más destacada, se manifiesta que este denominado «procedimiento simplificado» no es en sí mismo un procedimiento de contratación –tasados por el artículo 122 LCSP/artículo 138 TRLCSP que son de carácter básico–, sino una tramitación simplificada del procedimiento abierto, en el que todo empresario interesado puede presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato. Su finalidad es la agilización de la tramitación de determinados procesos de contratación y cuya elección, dado su carácter potestativo, decidirá motivadamente el órgano de contratación atendiendo, tanto a la concreta prestación, como a su propia estructura organizativa.

223. La interposición del recurso se publicó en el BOE de 29 de diciembre de 2011 y al tratarse de un recurso de inconstitucionalidad contra una ley de una Comunidad Autónoma, la admisión del recurso produce la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados desde la fecha de interposición del recurso –9 de diciembre– para las partes del proceso, y para los terceros desde la fecha de publicación en el BOE. En la página web del Observatorio de Contratación Pública se encuentra publicado el análisis realizado por SANMARTÍN MORA de las novedades en materia de contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, entre las que se trata de la interposición de este recurso de inconstitucionalidad.

224. Además, este recurso de inconstitucionalidad cuestiona algunas especialidades procedimentales, contenidas en los apartados 2.c, 2.d y 2.f del artículo 10, relativos a la publicidad de la licitación únicamente en el perfil de contratante, los plazos de presentación de ofertas y el plazo para que el licitador que ha presentado la oferta más ventajosa aporte la documentación acreditativa de su capacitación y solvencia en el caso de que inicialmente hubiera optado por presentar una declaración responsable.

En resumen, este «nuevo» procedimiento no es sino una simplificación del procedimiento abierto, cuyos elementos estructurales se respetan y cuyas características fundamentales, simplificación, agilización y reducción de trámites, se justifican en la propia filosofía propugnada por la propia Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y por la Comisión Europea en su *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE* [COM (2011) 15 final, de 25 de enero de 2011].

Además, según este Informe, permitirá corregir prácticas incorrectas como la utilización del procedimiento negociado como tipo ordinario «simplificado» en las cuantías marcadas en la LCSP, confundiendo la simplificación con la flexibilidad, falseando la naturaleza y función del procedimiento (al que en muchas ocasiones se le priva de la característica esencial de la negociación).

– *Informe 1/2011, de 9 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación de Canarias, sobre el alcance de los límites establecidos en la Ley de Contratos del Sector Público para la utilización de los contratos menores*

Según el artículo 122.3 LCSP (artículo 138.3 TRLCSP) se consideran contratos menores los contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 190 LCSP (artículo 206 TRLCSP) en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

Estos contratos, que lo son únicamente por razón de su cuantía, no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga y podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas de tramitación del expediente del artículo 95 LCSP (artículo 111 TRLCSP); esto es, sólo se exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente y en el contrato de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran.

En atención a estos requisitos, el Alcalde del Ayuntamiento de San Miguel de Abona (Tenerife) plantea una cuestión que gira en torno a la interpretación del alcance de los límites cuantitativos y temporales establecidos en la LCSP para la utilización de los contratos menores, puesto que se pretende la formalización de un segundo contrato menor de servicios con el mismo profesional, para el mismo objeto y la misma

causa, sin que el importe global de los dos contratos supere los 18.000 euros, y sin que la suma total del período contratado con los dos contratos supere el año de duración.

Este Informe de la Junta Consultiva de Contratación de Canarias se remite a uno anterior (Informe 1/2010, de 3 de febrero de 2010) porque entiende que algunos de los argumentos que entonces se presentaron se pueden aplicar igualmente a este asunto. Resulta de especial interés su referencia el concepto de «causa» como elemento esencial de los contratos entendiendo que no existirá fraccionamiento fraudulento del objeto contractual cuando, tras haberse realizado un primer contrato, haya que volver a contratar con el mismo contratista la misma prestación debido a una necesidad nueva, no previsible en el momento de realizar el primer contrato; en tal caso, los sujetos y el objeto contractuales son los mismos, pero la causa (finalidad o circunstancias que motivan su necesidad) es distinta, y esto determina que se trate de dos contratos distintos.

6.2. Propositiones de los interesados

– *Informe 3/2011, de 29 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, sobre igualdad de proposiciones*

El objeto de la consulta efectuada por el Director Gerente del Hospital Universitario Ramón y Cajal se concreta en preguntar por la actuación a seguir por la Mesa de contratación ante la igualdad de puntuación de dos proposiciones en un procedimiento de contratación a adjudicar mediante pluralidad de criterios cuando por la aplicación de los criterios de adjudicación previstos en el pliego de cláusulas administrativas se ha producido un empate en la puntuación, resultando ambas ofertas las más ventajosas económicamente.

En este supuesto, el empate en la puntuación se produce una vez aplicados los criterios sometidos a juicio de valor (23 puntos), así como en el precio ofertado (40 puntos), y sin que el empate pueda resolverse con la aplicación de los criterios de desempate que se han establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares porque ninguna de las dos empresas aporta documentación relativa a la preferencia en la adjudicación²²⁵.

225. Sobre la escasa operatividad de los criterios de desempate recogidos en la LCSP se manifestó el Informe de la JCCA del Estado 1/05, de 11 de marzo de 2005, acerca de la interpretación y aplicación de la preferencia para trabajadores discapacitados prevista en la Disposición adicional octava, apartado 1 de la LCAP, al manifestar que el supuesto planteado difícilmente podría producirse, pues «se parte de la existencia de varias propuestas iguales desde el punto de vista de los criterios objetivos para adjudicar el contrato».

De esta manera, no se puede hacer efectiva la preferencia en la adjudicación, según lo previsto en las cláusulas 11 y 15 del pliego de cláusulas administrativas «Adjudicación del contrato»:

«Tendrán preferencia en la adjudicación las proposiciones presentadas por aquellas empresas, que, sin estar sujetas a la obligación a que se refiere la cláusula 30 del presente pliego «Medidas de contratación con empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad», en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones igualaran en sus términos a las más ventajosas después de aplicar los criterios objetivos establecidos para la adjudicación del contrato. A efectos de aplicación de esta circunstancia los licitadores deberán acreditarla, en su caso, mediante los correspondientes contratos de trabajo y documentos de cotización a la Seguridad Social.

Si varias empresas licitadoras que hayan empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al 2 por ciento, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.

Igualmente, tendrán preferencia en la adjudicación, en igualdad de condiciones con las que sean económicamente más ventajosas, las proposiciones presentadas por las empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración».

Ante la imposibilidad de aplicar algunos de estos criterios adicionales de adjudicación establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares del expediente objeto de consulta, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid concluye que la cuestión se resuelva mediante sorteo en aplicación de lo establecido en los artículos 20.8 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril²²⁶ y por el artículo 87.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este sorteo se deberá efectuar en acto público, a fin de cumplir con los principios de transparen-

226. Este artículo manifiesta que «En las subastas la Mesa concretará expresamente cuál sea la proposición de precio más bajo, sobre la que formulará propuesta de adjudicación del contrato. Si se presentasen dos o más proposiciones iguales que resultasen ser las de precio más bajo, tendrá preferencia en la adjudicación la proposición presentada por aquella empresa que sin estar sujeta a la obligación que establece el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos, haya justificado en el momento de acreditar su solvencia técnica tener en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100. En su defecto, o de persistir la igualdad, se decidirá la propuesta de adjudicación entre éstas mediante sorteo».

cia, no discriminación e igualdad de trato establecidos por la normativa contractual.

– *Informe 25/2011, de 23 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre la admisión de una proposición en el supuesto de que el tipo aplicado del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) difiera del señalado en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y si debe de tenerse en cuenta el importe del IVA en la valoración del precio como criterio de adjudicación*

La consulta elevada a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón por parte del Director Gerente del Servicio Aragonés de Salud se plantea en relación con la concurrencia de ofertas con diversos tipos de Impuesto sobre el Valor Añadido para un mismo suministro, puesto que es frecuente encontrarse con la situación de que dos proveedores graven con tipos de IVA distintos un mismo artículo.

En primer lugar, se cuestiona si puede ser motivo de rechazo de una proposición que el tipo de IVA aplicado por el licitador no coincida con el recogido en los pliegos de cláusulas administrativas particulares aún cuando, dicha proposición, no supere el presupuesto base de licitación. En segundo lugar, y en caso de no ser rechazada la proposición, pregunta si la valoración del precio como criterio de adjudicación debe hacerse teniendo en consideración el IVA que recae sobre el mismo.

Respecto de la primera cuestión planteada cabe señalarse que, de la literalidad del artículo 129.5 LCSP se desprende que lo que el legislador impone a los licitadores es la obligación de señalar, en partida independiente, el «importe» del IVA, es decir la cifra a la que ascendería la cuota tributaria del referido impuesto, esto es, la cifra resultante de aplicar a la base imponible (el precio ofertado por el contratista que resulte adjudicatario) el correspondiente tipo de gravamen. En consecuencia, y dada la claridad de la redacción del artículo 129.5 de la LCSP, no resulta admisible una interpretación («*in claris non fit interpretatio*») por la que los licitadores hayan de consignar en sus proposiciones económicas el porcentaje (tipo de gravamen) del IVA vigente al tiempo de presentar sus proposiciones, y no el importe del IVA (o cantidad que deba ser repercutida a la Administración o entidad contratante).

La cuestión que se suscita es la de si tal defecto ha de considerarse como un motivo de exclusión del licitador que ha incurrido en el error o si, por el contrario, ha de tratarse como un defecto subsanable. Así, con carácter general cabe recordar que la jurisprudencia ha adoptado

un criterio antiformalista a la hora de apreciar el carácter subsanable o no de los requisitos exigidos a los licitadores para participar en los procedimientos de contratación, en el entendimiento de que la exclusión de los mismos por defectos subsanables en su documentación puede ser contraria al principio de concurrencia.

Así pues, sobre la base de esta doctrina antiformalista y al entender que los simples errores de cálculo en la consignación del importe del IVA a repercutir, o en el tipo impositivo que resulte de aplicación, son meros defectos formales subsanables y no invalidantes, este Informe concluye que no es posible excluir a un licitador por señalar en su oferta un tipo impositivo distinto del Impuesto sobre el Valor Añadido del que figure en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, sin ofrecerle la posibilidad de subsanación o aclaración, pues tal actuación es contraria a los principios de concurrencia y no discriminación.

La segunda cuestión analiza si a la hora de valorar las ofertas debe considerarse el importe a repercutir por el IVA, o por el contrario la valoración debe realizarse excluyendo la cuantía de este impuesto. Las dudas se plantean a partir de la aprobación de la LCSP, ya que, a efectos de comparar las propuestas económicas de los licitadores para determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, la valoración se realiza teniendo en cuenta el precio ofertado sin que éste incluya el IVA²²⁷.

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón con cita en el Informe 07/08, de 29 de septiembre de 2008, de la JCCA del Estado, sostiene que el precio como criterio de adjudicación se debe valorar sin considerar el IVA que resulte de aplicación, con objeto de no provocar efectos discriminatorios y no igualitarios, contrarios a los artículos 1 y 123 LCSP (artículos 1 y 139 TRLCSP).

Ahora bien, este hecho y según una reivindicación formulada desde las entidades del Tercer sector social, sitúa a las entidades exentas de

227. En este sentido, hemos de recordar que entre las tareas pendientes que asignaba la Ley de Economía Sostenible al Gobierno se encontraba la señalada por la Disposición adicional vigésima en virtud de la cual se debía elaborar en un plazo de tres meses un informe en el que analice «la posibilidad, en el marco de la normativa comunitaria, de incluir en el precio de los procedimientos de contratación pública el IVA cuando intervengan licitadores exentos del impuesto, en particular entidades del Tercer sector, teniendo en cuenta el principio de adjudicación de los servicios a la oferta económicamente más ventajosa para la Administración Pública, así como los demás principios que deben regir la contratación pública».

tributación del IVA, como es el caso de las entidades sin ánimo de lucro y las entidades del tercer sector, en una clara desventaja, ya que, al no poderse deducir el IVA soportado, su oferta –para obtener el mismo margen de beneficio– va a ser superior al de las entidades sujetas y no exentas²²⁸. Por tanto, cuando en un contrato para la prestación de servicios que tengan por objeto actividades sanitarias o de asistencia social liciten una entidad que no pueda acogerse a la exención por no cumplir los requisitos legales, frente a otra que sí puede, las ofertas presentadas ostentarán un régimen distinto. Para las actividades exentas, el precio estará integrado por la totalidad de sus costes, incluido el IVA soportado no deducible, más su margen de beneficio, y en el caso de las empresas gravadas, del precio presentado habría que excluir totalmente el IVA soportado, en tanto que es deducible²²⁹.

Abundando en lo anterior, algún autor entiende que la comparación de ofertas sin el IVA es contraria a la regla de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa²³⁰, puesto que si el órgano de contratación no se puede deducir el IVA soportado pudiera ocurrir que seleccionase la oferta con el precio final más elevado si consideramos el coste final que deben soportar dicho órgano de contratación, pues acabaría abonando un 8% o un 18% más por el mismo servicio si finalmente el contrato es adjudicado a una entidad de carácter lucrativo²³¹.

-
228. La exención del IVA aplicable a las entidades que están reconocidas como establecimientos de carácter social implica que no tienen derecho a deducir el IVA soportado en las adquisiciones de bienes y servicios necesarios para la realización de sus actividades.
229. En la *Proposición no de Ley sobre el IVA aplicable a las entidades del Tercer sector social cuando contraten con las Administraciones Públicas*, presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, se instaba al Gobierno a presentar una modificación de la LCSP, para permitir aplicar un criterio de valoración adicional que hiciera referencia a la obligación de abonar el IVA si el poder adjudicador no se puede deducir este Impuesto [BOCG. Congreso de los Diputados, Serie D nº 385, de 30 de abril de 2010]. Asimismo, el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) también presentó una *Proposición no de ley relativa al establecimiento del criterio del precio en los procedimientos de contratación pública* en la cual instaba al Gobierno a establecer, como regla general (...), el criterio de precio final con IVA incluido en los procedimientos de contratación pública, cuando intervinieran licitadores exentos de IVA» [BOCG. Congreso de los Diputados, Serie D nº 376, de 19 de abril de 2010].
230. BLÁZQUEZ LIDOY, A., «¿Debe incluirse el IVA en la selección de la mejor oferta en la contratación pública?. El problema de los licitadores exentos de IVA frente a los gravados en la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista de Contabilidad y Tributación CEF*, nº 319, octubre 2009, pp. 81-104.
231. Si una entidad exenta presenta una oferta de 100 (y por tanto sin IVA) y otra entidad no exenta presenta una oferta de 98, obtendría más puntuación esta última porque en la valoración de ofertas no se incluye el IVA, pero el coste final para el

6.3. Criterios de valoración de las ofertas

El TJUE ha diferenciado, en distintas ocasiones, entre los «criterios de selección cualitativa» y «criterios de adjudicación», manifestando que los primeros se refieren a la verificación de la aptitud de los candidatos y licitadores con arreglo a su capacidad económica, financiera, técnica y profesional, mientras que los criterios de adjudicación se ocupan de seleccionar la oferta más acorde a las necesidades del órgano de contratación. Esto supone que los criterios de selección cualitativa se centran en las cualidades personales y capacidades del futuro contratista, frente a los criterios de adjudicación del contrato que se refieren a las calidades de la obra, prestación o servicio que se ofrece o se pretende efectuar²³².

– *Informe 1/2011, de 12 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sobre la motivación en la aplicación de los criterios de valoración de las ofertas. Valoración de variantes o mejoras*

En este Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón se tratan dos cuestiones. La primera de ellas se refiere a los criterios de adjudicación de un contrato, y más concretamente, a la necesidad de detallar la valoración de las ofertas en los criterios dependientes de un juicio de valor, y la segunda se centra en determinar si en el criterio relativo a variantes y/o mejoras resulta necesario concretar los motivos y razones por los que no se aceptan las mismas.

Ambas cuestiones, tal como nos recuerda este Informe, deben resolverse en atención a las necesidades del órgano de contratación que debe valorar las propuestas de los interesados para concretar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, si bien respetando, en todo caso, los principios de publicidad, no discriminación e igualdad de trato.

La LCSP se refiere al concepto de oferta económicamente más ventajosa para englobar los criterios que sirven de base a la adjudicación de un contrato, bien sea un único criterio o bien sean distintos criterios

órgano de contratación es mayor, puesto que si le sumamos el IVA al tipo del 8%, lo que tendría que pagar dicho órgano de contratación sería 98 + 7,84 que asciende a un total 105,84.

232. Entre otras, la STJCE de 19 de junio de 2003, GAT, C-315/01, Rec. p. I-6351, apartados 59 a 64. También algunos Informes de la JCCA estatal se refieren a este particular, *vid.* por ejemplo, el Informe 53/97, de 2 de marzo de 1998, sobre los criterios objetivos de valoración de las ofertas y su distinción de los medios en virtud de los cuales se determina la solvencia de las empresas, y el Informe 36/01, de 9 de enero de 2002, acerca de la posibilidad de incluir entre los criterios de valoración de las ofertas en los concursos criterios relativos a las características de las empresas.

de contenido variado en cuyo caso permite que el órgano de contratación valore diferentes aspectos –incluso la presentación de variantes o mejoras por parte de los licitadores– y que, por tanto, no se limite exclusivamente al factor precio (artículos 131 y 134 LCSP). En este sentido, la noción de oferta económicamente más ventajosa reúne las notas de un concepto jurídico indeterminado, impreciso *a priori*, pero determinable por referencia al contrato que se ha de adjudicar, pues son los órganos de contratación quienes establecen, para cada contrato, qué criterios satisfacen mejor sus necesidades.

Cuando el órgano de contratación se basa en diversos criterios para la valoración de las proposiciones, y aun cuando la elección de aquéllos es discrecional, tales criterios han de reunir, en síntesis, las siguientes características: Han de estar directamente vinculados al objeto; han de ser objetivos; han de estar ponderados; han de permitir evaluar el nivel de rendimiento y la relación calidad/precio de cada oferta y deben figurar en el anuncio de licitación, en los pliegos o, en su caso, en el documento descriptivo. Además, cuando se tome en consideración más de un criterio de valoración, se deberá precisar la ponderación relativa a cada uno de ellos (artículo 134.4 LCSP).

Por ello, y con base en distintos argumentos legales, jurisprudenciales y criterios emanados de los distintos órganos de control externo, se concluye en la primera cuestión que una valoración de los criterios objetivos de adjudicación sin expresión de las razones por las que se llega a ella no puede ser admitida por resultar imposible de revisar, al ser contraria al artículo 134 LCSP. A igual conclusión se llega respecto de la segunda cuestión, puesto que resulta imprescindible recoger en los informes técnicos de valoración las razones por las que determinadas variantes o mejoras no se aceptan y valoran para que pueda interponerse el recurso pertinente por parte del interesado.

– *Informe 6/2011, de 5 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, respecto del establecimiento de la experiencia y del hecho de tener una delegación en el lugar de ejecución del contrato como requisito de solvencia, como criterio de adjudicación o como condición de ejecución de los contratos*

Este Informe ha sido objeto de estudio en el apartado referente a la capacidad y solvencia del contratista; sin embargo, y por su trascendencia en relación con los criterios de adjudicación, también nos referimos en este momento a algunas de sus conclusiones.

De conformidad con el artículo 134 LCSP 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 (artículo 150 TRLCSP). Esta exigencia –según manifiesta la JCCA del Estado entre otros en su Informe 57/10, de 15 de diciembre de 2011 al que también nos hemos referido– es decisiva a la hora de determinar qué criterios se pueden utilizar en la valoración de las ofertas. Así, la vinculación directa exige que el criterio de valoración afecte a aspectos intrínsecos de la propia prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de ejecución o a las consecuencias directas derivadas de la misma, y sin que pueda afectar a cuestiones contingentes cuya alteración en nada afecta a la forma de ejecutar la prestación o a los resultados de la misma.

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

Entre los criterios de adjudicación mencionados en este no se encuentra el hecho de disponer de una delegación, ni ningún otro que pueda presentar algún parecido. Sin embargo, este Informe entiende que esto no sería obstáculo para que se pudiera establecer un criterio no previsto expresamente en el precepto mencionado, en la medida en que los criterios de adjudicación de los contratos se configuran como una lista ejemplificativa y de carácter no tasado, a diferencia, como se ha dicho, de lo que sucede en relación con los medios de acreditación de la solvencia. En todo caso, los criterios de adjudicación que los órganos de contratación prevean tienen que reunir, necesariamente, los siguientes requisitos:

- a. Ser objetivos;
- b. Estar referidos o directamente relacionados con la prestación objeto del contrato;

c. Permitir determinar cuál de las ofertas o proposiciones presentadas es la más ventajosa económicamente, y

d. No hacer referencia a las características de las empresas.

– *Informe 12/11, de 28 octubre de 2011, de la JCCA del Estado, sobre la aplicación de un criterio de adjudicación que valore el porcentaje de trabajadores en situación de paro que se contratará para la ejecución del contrato*

En distintas ocasiones hemos manifestado que la contratación pública, además de constituir un medio de provisión de bienes y servicios, es también un poderoso instrumento jurídico al servicio de los poderes adjudicadores para el cumplimiento de objetivos de carácter secundario o no comercial²³³. Entre estos objetivos cabe destacar la promoción de políticas sociales y la lucha contra la exclusión social. La posibilidad de integrar consideraciones sociales en la contratación pública se prevé en las vigentes Directivas sobre contratación pública y se incorpora también a los ordenamientos jurídicos de algunos Estados miembros como es el español; sin embargo, y a pesar de la labor desempeñada por el Tribunal de Justicia en dicha integración, la conexión de estos objetivos con la normativa de contratación pública no parece que esté bien resuelta y una prueba de ello es este Informe de la JCCA del Estado que parece desconocer alguna de las más importantes resoluciones del TJUE en esta materia²³⁴.

En este Informe, el Alcalde del Ayuntamiento de Sant Adrià de Besós (Barcelona) se dirige a la JCCA solicitando informe sobre la legalidad de establecer, como criterio de adjudicación en un contrato de obras para la construcción del nuevo mercado municipal de abastos, de un

233. La persecución de estos propósitos avalan la idea, manifestada entre otros por GIMENO FELIÚ, de que la contratación pública puede estar al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de otros fines o políticas públicas, en GIMENO FELIÚ, J. M^a., *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, pp. 16 y 17. Sobre estas cuestiones también se manifiestan, 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 sobre el Derecho de los contratos del Sector Público, 2008, pp. 211-252; MEDINA ARNÁIZ, T., «Social Considerations in Spanish Public Procurement Law», *Public Procurement Law Review*, vol. 20 (2), 2011, pp. 56-79 y GALLEGO CÓRCOLLES, I., «Cláusulas sociales, contratación pública y jurisprudencia del TJUE», *Contratación Administrativa Práctica*, n° 133, noviembre 2011, pp. 64-69.

234. MEDINA ARNÁIZ, T., «La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *REDA*, n° 153, enero-marzo 2012, pp. 213-240.

criterio de carácter social, de forma que se valore el porcentaje de mano de obra desempleada que se contratará para la ejecución del contrato, al amparo de lo dispuesto en el artículo 134 LCSP (artículo 150 TRLCSP).

Respecto de esta materia, la JCCA del Estado sostiene la opinión –ya manifestada en otras ocasiones– que la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de un criterio de adjudicación que valore la contratación de personal que reúna determinadas condiciones de carácter social con carácter general no es admisible. De esta manera, entiende que difícilmente puede afirmarse que el criterio del porcentaje de mano de obra desempleada que se contratará para la ejecución del contrato tenga relación directa con el objeto del contrato (la construcción de un mercado de abastos) a que se refiere el artículo 134.1 de la LCSP, por lo que la inclusión del mismo como criterio de adjudicación del mismo no resulta conforme con la legalidad. Si bien declara que resulta admisible como condición de ejecución contractual siempre que no incurra en discriminación (artículo 102 LCSP/artículo 118 TRLCSP).

Nada se dice, sin embargo, de la posibilidad de considerar admisible dicho criterio como un criterio de adjudicación adicional en la línea marcada por la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de septiembre de 2000, *Comisión/Francia (Nord-Pas-de-Calais)*, C-225/98, Rec. p. I-7445. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia confirmó que los poderes adjudicadores podían establecer un criterio de adjudicación contractual relativo a aspectos sociales. De esta manera, declaró que un criterio adicional de adjudicación relacionado con una acción local de lucha contra el desempleo constituía un criterio válido para la adjudicación de un contrato público, siempre que se mencionase expresamente en el anuncio de licitación y se respetasen «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» (apartados 49 a 51). Esta sentencia supone un paso más respecto a la sentencia *Beentjes* (Sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 1988, Asunto C-31/87, Rec. p. I-4635), pues en la sentencia *Nord-Pas-de-Calais* se considera que un criterio que tiene por objeto favorecer la creación de empleo puede integrarse válidamente entre los criterios de adjudicación contractual bajo determinadas condiciones y calificándolo de «criterio adicional».

– Informe 17/11, de 15 de diciembre, de la JCCA del Estado, respecto de la exigencia de experiencia en edificios catalogados como criterio de valoración de las empresas

El Ayuntamiento de Xixona (Alicante) plantea ante la JCCA del Es-

tado la cuestión relativa a la posibilidad de prever, como criterio de adjudicación y al amparo del artículo 134 LCSP, determinada experiencia específica en ejecución del tipo concreto y determinado de la obra que se pretende adjudicar, independientemente de la acreditación por la empresa licitadora de su solvencia o, en su caso, clasificación.

La posibilidad de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas la experiencia como criterio de valoración de las ofertas ha sido ya examinada por la JCCA del Estado y por la jurisprudencia del TJUE para señalar que 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 ventajosa²³⁵, y que el criterio de la experiencia específica para la obra a realizar es un criterio legítimo de capacidad técnica para verificar la aptitud de los empresarios²³⁶.

Por tal motivo, y como referencia en la sentencia *Beentjes*, este Informe de la JCCA del Estado afirma que la experiencia es un criterio referido a determinar la capacidad de la empresa para ejecutar el contrato, no puede ser aplicado como criterio para valorar la oferta que se presente²³⁷.

235. Por el momento, la última sentencia que se refiere a este particular es la STJCE de 24 de enero de 2008, *Lianakis y otros*, C-532/06, que en su apartado 26 nos remite a la STJCE de 20 de septiembre de 1988, *Beentjes*, C-31/87, Rec. p. I-4635, apartados 15 y 16.

236. En el apartado 56 de la sentencia de 12 de noviembre de 2009, *Comisión/Grecia*, C-199/07, Rec. p. I-10669, se cuestionaba que «los criterios utilizados por la entidad adjudicadora como criterios de adjudicación en el anuncio de licitación controvertido, están relacionados con la experiencia y la capacidad real para garantizar la buena ejecución del contrato en cuestión. Se trata de criterios referidos a la aptitud de los licitadores para ejecutar este contrato y que no tienen por tanto la cualidad de «criterios de adjudicación».

237. En esta sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 1988, Asunto C-31/87, Rec. p. I-4635, apartados 15 a 19, se excluyen como criterios de adjudicación aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión (véanse, en este sentido también las sentencias del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2003, *GAT*, C-315/01, Rec. p. I-6351, apartados 59 a 67, y *Lianakis y otros*, antes citada, apartados 30 a 32). La calidad de las ofertas ha de evaluarse en función de las propias ofertas y no a partir de la experiencia adquirida por los licitadores con la entidad adjudicadora a raíz de contratos precedentes, o en función de criterios, tales como la capacidad de los licitadores para ejecutar el contrato, que se incluyen en la fase de selección de los contratistas y que no pueden ser tenidos en cuenta a efectos de la evaluación comparativa de las ofertas.

– *Informe 20/11, de 15 de diciembre, de la JCCA del Estado, sobre la posibilidad de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de obras como criterio de adjudicación del contrato el volumen de contratos de suministros en el propio municipio*

Por parte del Alcalde del Ayuntamiento de Castro del Río (Córdoba) se eleva la cuestión de poder utilizar como criterio de adjudicación contractual en los contratos de obras una cláusula referida al compromiso de la empresa por contratar «un mayor volumen de suministros en el propio municipio».

Según expone este Informe de la JCCA del Estado, la inclusión de una condición de este tipo debe rechazarse por ser contraria a lo dispuesto en la LCSP, así como a la normativa y los principios del Derecho de la UE en materia de contratación. Es así que, no resulta procedente la incorporación como criterio de adjudicación del volumen de contratación de suministros en el propio municipio por cuanto, de una parte, está dando preferencia a un trato discriminatorio contrario al principio de igualdad de trato.

Por otra parte, desde el punto de vista de la exigencia de la vinculación directa al objeto del contrato para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, un criterio de este tipo no afecta a aspectos intrínsecos de la propia prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de ejecución o a las consecuencias directas derivadas de la misma, pues las circunstancias referentes al lugar en que la empresa contrata sus suministros en nada influye ni en la prestación, ni en sus resultados.

Ahora bien, hemos de recordar en este momento que a pesar de las conclusiones de este Informe, la JCCA del Estado, en su Informe 53/2010, de 10 de diciembre, sobre la *Guía sobre contratación pública y competencia*, admite la posibilidad de tener en cuenta como criterio de adjudicación el arraigo territorial, en casos muy concretos, si está vinculado directamente con el objeto del contrato.

7. EFECTOS, CUMPLIMIENTO Y EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

7.1. Ejecución

– *Informe 6/2011, de 10 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sobre la inembargabilidad y transmisibilidad de los derechos de cobro*

El Director Gerente del Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud –Entidad de Derecho Público adscrita al Departamento responsable de Salud– solicita informe ante las dudas relativas a que los créditos correspondientes al pago de diversas certificaciones de obras han sido endosados por la empresa contratista a distintas mercantiles y, por otra parte, se han recibido mandamientos de embargos judiciales en relación con los mismos créditos.

La transmisión de los derechos de cobro se recoge en el artículo 201 LCSP (artículo 218 TRLCSP), aunque el contrato sobre el que se solicita informe, es un contrato de naturaleza administrativa tramitado con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, por lo que hay que estar a lo dispuesto en el TRLCAP, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, concretamente en su artículo 99.7. Aun con ello, y según manifiesta la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón desde un principio en este informe, se trata de una materia de máximo interés en momentos de situación económica compleja como la actual.

Según dispone el artículo 99.7 TRLCAP rige la regla de la inembargabilidad de los abonos a cuenta, que se justifica en que estos derechos de cobro –principalmente certificaciones de obra– son pagos a buena cuenta, con el resultado de que las cantidades abonadas al contratista no pasan con carácter definitivo a su patrimonio, sino que constituyen de algún modo fondos públicos afectos a la obra o servicio.

Así pues, no existen dudas jurídicas sobre el carácter inembargable de los abonos a cuenta, en los contratos administrativos celebrados al amparo de la LCAP, tal y como por lo demás se viene confirmando por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por ello, en la medida que el contrato sobre el que se informa es de tal régimen, debe declararse el carácter inembargable de los abonos a cuenta con las limitaciones legales que en su caso correspondan.

En cuanto a las actuaciones del órgano de contratación en relación con los requerimientos que reciban de órganos judiciales o administrativos que decretan embargos, como ya destacara la JCCA del Estado, ha de limitarse a cumplimentar dichos requerimientos recordando/informando al órgano judicial o administrativo su criterio sobre la procedencia o improcedencia del embargo del crédito decretado a la vista de la consideración de inembargable del concreto derecho de cobro, pero sin que en ningún caso corresponda al órgano de contratación el decidir sobre este extremo. Si a pesar de ello se acuerda el embargo de los crédi-

tos, corresponderá en exclusiva a los perjudicados por las decisiones del órgano judicial o administrativo que decreta el embargo plantear sus reclamaciones y recursos ante éstos últimos, y no ante el órgano de contratación.

Otra de las cuestiones consultadas es si debe procederse a realizar la «toma de razón» cuando se produce una cesión o endoso de un crédito para con la Administración. Como idea previa, este Informe, advierte que tal posibilidad no constituye un endoso (en el sentido propio de la legislación mercantil), sino que estamos en presencia de una cesión de crédito que legitima para su cobro al cesionario, en la misma medida y extensión en que lo estuviera el cedente.

El acto de la transmisión de los derechos de cobro de los contratistas frente a la Administración, siguiendo igualmente la tesis más aceptada por la jurisprudencia y la doctrina, es de transmisión de la titularidad del crédito y no un mero acto de apoderamiento de cobranza por el que un tercero puede cobrar, en nombre y por cuenta del contratista, de la Administración (tampoco es una promesa de pago abstracto ni un título valor, y de ahí su carácter inembargable).

En conclusión, la «toma de razón» –que ya no se encuentra entre los requisitos legales– en modo alguno puede condicionar la eficacia de la transmisión una vez comunicada de forma fehacientemente, momento a partir del cual el mandamiento de pago debe ser expedido a favor del cesionario. Y es que, esta «toma en razón» tiene meros efectos «internos», sin que proyecte sus efectos sobre el acto de cesión válidamente realizado.

Por todo ello, y en aras a la efectividad del principio de seguridad jurídica, entre las conclusiones presentadas en este Informe encontramos la relativa a la conveniencia de elaborar una normativa reglamentaria de alcance propio que regulase y aclarase las cuestiones consultadas y, en especial, el trámite de la transmisión de los derechos de cobro de los contratos, con el fin de permitir una actuación administrativa más segura.

– Informe 9/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, acerca de la variación de unidades de obra y modificaciones en contrato de obras que requieran la redacción de un proyecto y los límites a las facultades del Director facultativo

En el escrito de consulta del Presidente de la Mancomunidad de la Ribera Izquierda del Ebro se plantea la duda sobre qué parámetros o criterios se deben emplear para conocer cuándo estamos ante simples

excesos de medición respecto de las unidades de obras previstas en un proyecto y cuándo ante verdaderas modificaciones de contrato según el artículo 217 LCSP. Es decir: a) debemos valorar las alteraciones en la ejecución de obra derivada de los excesos y de los defectos de medición de manera separada e individualizada, siendo los defectos de medición y los excesos, superiores al 10 %, modificaciones contractuales, b) debemos valorar las alteraciones de manera acumulada (sumando en valores absolutos los excesos y los defectos), o bien c) debemos valorar las alteraciones operadas en la ejecución de la obra de manera compensada-neta.

Según expone este escrito se trata de una cuestión de especial relevancia, máxime cuando «en muchos casos las obras son financiadas por agentes externos, que posteriormente deben valorar la adecuación de la tramitación operada, respecto de la ejecución material y la tramitación administrativa», y asimismo, en atención, a los cambios en el régimen jurídico de los modificados que entonces se aventuraban y, posteriormente, se concretaron en la Ley de Economía Sostenible (LES), aunque este Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón también se refiera a ellos, aun para indicar que los cambios normativos no afectan a la resolución del Informe.

Del contenido del artículo 217.3 LCSP, la primera conclusión sostiene que pueden sustituirse las unidades previstas en el proyecto, con el límite cuantitativo, que no cualitativo, del 10% de incremento sobre el precio adjudicado, IVA excluido, siempre que no se introduzcan nuevas unidades de obra, ni se altere el contenido esencial del contrato, puesto que tal posibilidad es un supuesto de modificación contractual.

Dado que este artículo 217.3 LCSP se refiere a las facultades del Director facultativo de la obra, la segunda conclusión mantiene que éstas tienen un límite cuando las variaciones realizadas supongan una alteración sustancial del proyecto (artículos 220.e) y 221 LCSP en su redacción de 2007). En dichos supuestos, Administración y contratista pueden instar la resolución del contrato y, por ello, deben prestar su conformidad, resultando conveniente adaptar los documentos del proyecto que se vean afectados.

Por último, la tercera conclusión establece que si bien no resulta necesario modificar el proyecto en el supuesto contemplado en el artículo 217.3. LCSP por la normativa de contratación pública, habrá que acudir, en su caso, a la normativa sectorial que resulte aplicable al concreto proyecto de obras, al objeto de comprobar la documentación nece-

saría para la concesión de las autorizaciones que resulten pertinentes y, en todo caso, aunque no resulte necesario, sí resulta conveniente para la Administración el contar con un proyecto que, al finalizar la obra, se ajuste a la realidad.

7.2. Modificación

Las cuestiones relativas a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos públicos no despierta el interés inmediato de las actuales Directivas de la UE sobre contratos más centradas en la fase de adjudicación contractual y en garantizar la transparencia en los procedimientos de adjudicación²³⁸; no obstante, y como tendremos ocasión de examinar en alguno de los Informes de las Juntas Consultivas, el Derecho de la Unión no se encuentra ajeno a la problemática que suscita esta fase contractual por cuanto que entiende que las modificaciones sustanciales de un contrato público efectuadas durante la validez de éste ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato. De esta manera, las modificaciones sustanciales de las condiciones del contrato con posterioridad a su adjudicación han sido consideradas, por parte del TJUE, contrarias al espíritu de las Directivas por cuanto suponen una vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación que rigen la fase de adjudicación contractual y que exigen que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en el momento de presentar sus ofertas e implica una obligación de transparencia²³⁹.

Bajo esta premisa –y para cumplir con las exigencias derivadas de la normativa europea y de diferentes sentencias del Tribunal de Justicia– se procedió a modificar el régimen de las modificaciones de los contratos

238. Las nuevas Propuestas de Directivas, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2011, relativas a la contratación pública, a la contratación en sectores especiales y a las concesiones, se ocupan, aunque tímidamente, de la fase de ejecución del contrato para tratar de su modificación y resolución (DOUE C 102, de 5 de abril de 2012, pp. 19 y 20).

239. *Vid.*, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2000, *Comisión/Francia*, C-337/98, Rec. p. I-8377; de 29 de abril de 2004, *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, de 19 de junio de 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, Rec. p. I-4401 y de 13 de abril de 2010, *Wall*, C-91/08. Sobre la sentencia *Succhi di Frutta*, *vid.* el comentario de VÁZQUEZ MATILLA, F. J., «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», *REDA*, nº 143, julio-septiembre 2009, especialmente pp. 536 a 544 y sobre todas ellas GIMENO FELIÚ, J. M., «El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio», *REDA*, nº 149, enero-marzo 2011, pp. 41 a 47.

públicos por parte de la Ley 2/2011, de 4 de marzo de 2011, de Economía Sostenible. Este cambio legislativo insiste en la idea, ya manifestada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, acerca de que las modificaciones de los contratos deben tener un carácter excepcional y no convertirse –como ha llegado a suceder– en una práctica habitual, ya que las condiciones iniciales del contrato no pueden verse alteradas sustancialmente por vía de la modificación consensuada, en la medida en que esta práctica puede suponer un obstáculo al principio de libre concurrencia²⁴⁰.

Todas estas cuestiones han sido objeto de tratamiento por parte de diversos pronunciamientos de nuestras Juntas Consultivas durante el año 2011 que en forma de informes, acuerdos y recomendaciones abordan una descripción de la nueva posición sistemática del régimen de modificación de los contratos públicos, de su ámbito de aplicación, del régimen de transitoriedad establecido para su aplicación y, fundamentalmente, de la nueva tipología de modificaciones, contractuales y extracontractuales, analizando los diferentes supuestos en que éstas se pueden llevar a cabo²⁴¹. Todo ello bajo la idea general de que la regulación de la potestad del *ius variandi* debe realizarse restrictivamente a la luz de los principios y reglas del Derecho de la UE; de esta manera, el pliego deberá determinar y diseñar sus modalidades (cuantía máxima, sistema de fijación de precio, partida en la que es posible el modificado, procedimiento, etc.), de forma clara, precisa e inequívoca.

– Recomendación 1/2011, de 29 de marzo, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía, sobre el criterio interpretativo del régimen transitorio de la Disposición transitoria séptima de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

– Acuerdo 4/2011, de 26 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, por el que se informa a los órganos de contratación de las principales novedades intro-

240. La Circular de la Abogacía del Estado 1/2011, de 7 de abril de 2011, que trata el régimen de modificación de los contratos del sector público, se refiere concretamente a la STS de 28 de febrero de 1989, a la doctrina del Consejo de Estado manifestada en sus Dictámenes 1508/93, de 10 de febrero de 1994 y 2582/95, de 1 de febrero de 1996, y a los informes 48/1995, de 21 de diciembre de 1995 y 50/03, de 12 de marzo de 2004, de la JCCA del Estado.

241. La última de ellas se ha producido mediante Resolución de 28 de marzo de 2012, de la Dirección General de Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 1 de marzo de 2012, sobre la interpretación del régimen contenido en el artículo 107 del TRLCSP sobre las modificaciones de los contratos (BOE nº 86, de 10 de abril).

ducidas en la Ley de Contratos del Sector Público por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

– Informe 23/2011, de 12 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sobre cuestiones derivadas del nuevo régimen de modificación de los contratos públicos introducido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

– Informe 27/2011, de 23 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre la posibilidad de modificados de contratos si no se han previsto en el pliego.

7.3. Extinción

– *Informe 20/2011, de 12 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato. Requisitos para proceder a su resolución*

Este Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón versa sobre los requisitos para resolver un contrato por incumplimiento de sus obligaciones esenciales por parte del contratista, y trae causa de la consulta planteada por el Presidente de la Comarca del Campo de Borja respecto de la interpretación y aplicación del artículo 206 LCSP en un contrato mixto (de obra, suministro y servicio) denominado «Señalización de nuevos itinerarios, senderos y rutas cicloturistas y senderistas».

Con carácter previo a la resolución de la cuestión planteada, la Junta Consultiva se refiere a tres cuestiones: la primera respecto de su incompetencia para informar expedientes concretos de contratación o para sustituir las facultades de informe que la legislación en el ámbito de la contratación pública atribuye a órganos específicos y determinados. Asimismo, alude a la importancia de una correcta calificación del contrato, en el que además –por tratarse de un contrato mixto– se cuantifique cada una de las prestaciones del contrato, al objeto de comprobar, cuál de ellas prevalece y determinar las normas que deben observarse en su adjudicación. Y la tercera cuestión se refiere al cálculo del valor estimado del contrato, ya que de él dependerá el procedimiento de adjudicación y, en su caso, la publicidad del mismo.

Una vez realizadas estas consideraciones previas –y bajo la afirmación de que estas previsiones no se han tenido en cuenta en la tramitación del expediente– este Informe manifiesta que la Administración po-

dría haber ordenado o realizar, por sí misma, análisis, ensayos y pruebas de materiales, al objeto de asegurarse del estricto cumplimiento de lo convenido, detectando las deficiencias antes de la finalización del contrato y posibilitando así su subsanación en el momento oportuno.

Respecto de los requisitos para resolver el contrato en aplicación del artículo 206.f) LCSP («incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas con tales en los pliegos o el contrato»), cabe indicarse que deben figurar expresamente bien en el pliego de cláusulas administrativas particulares, o bien en el clausulado del contrato, qué obligaciones del contrato se consideran esenciales, cuyo incumplimiento conllevaría su resolución. En el expediente objeto de consulta, no figuran obligaciones de las partes calificadas con tal carácter, por lo que no es posible acudir a esta concreta causa de resolución.

La conclusión señalada no es obstáculo para que proceda la resolución por incumplimiento del contratista, si, como exige la jurisprudencia, el incumplimiento es grave y de naturaleza sustancial. Ahora bien, mientras que la resolución por incumplimiento de las obligaciones esenciales –calificadas con tales en los pliegos o el contrato– podría ser apreciada de forma automática, en las resoluciones por incumplimientos graves del contratista, corresponde a la Administración, motivando su decisión, identificar y calificar dichos incumplimientos.

En cuanto a los trámites formales de la resolución, el procedimiento que ha de seguir la Administración que pretende resolver un contrato administrativo se encuentra regulado en el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se prueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, siendo competente el órgano de contratación, y requiriendo la audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, informe del Servicio Jurídico, así como Dictamen del Consejo Consultivo de Aragón, cuando se formule oposición por parte del mismo.

7.4. Subcontratación

En el epígrafe de este trabajo dedicado a los pliegos de cláusulas administrativas, ya habíamos puesto de manifiesto la opinión contraria de la JCCA del Estado respecto de que los órganos de contratación pudieran establecer en los pliegos la posibilidad de ejercitar potestad alguna de disposición sobre la retribución del contratista con objeto de atender o asegurar los pagos de éste con los subcontratistas (Informe 56/10, de 28 de octubre de 2011).

En este momento, y al tratar la subcontratación, también debemos traer a colación el problema del impago a los subcontratistas por parte del contratista principal y más concretamente, la posibilidad de ejercer la acción directa contra la Administración contratante por las obligaciones que el contratista hubiera contraído con los subcontratistas como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos. Esta cuestión aparece ya zanjada en la regulación española actual por parte del artículo 227.8 TRLCSP²⁴², pero que, como consecuencia de la grave crisis económica, estaba teniendo cierto protagonismo ante los tribunales de justicia.

El problema que se planteaba era determinar si la acción directa del artículo 1597 Código Civil alcanza al subcontratista de un contrato público, ya que el Código Civil concede al acreedor (entendamos, subcontratista) la posibilidad de dirigirse, en su propio nombre, al deudor (entidad contratante) de su deudor (contratista) y hacerse directamente pago de su crédito, sin pasar por el patrimonio del deudor intermedio. Así, «los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzada por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación».

Las nuevas Propuestas de Directivas sobre contratación de la UE en los sectores clásicos y especiales tampoco son ajenas a esta cuestión y prevén la posibilidad de un pago directo a los subcontratistas como una medida para favorecer a las pequeñas y medianas empresas (PYME). De tal manera que, los Estados miembros puedan disponer en sus legislaciones nacionales que los subcontratistas tengan la posibilidad de solicitar que el poder adjudicador les pague directamente los suministros, las obras y los servicios proporcionados al contratista principal en el contexto de la ejecución del contrato.

«Los Estados miembros podrán disponer que, a petición del subcontratista y cuando la naturaleza del contrato lo permita, el poder adjudicador transfiera los importes adeudados directamente al subcontratista por los servicios prestados, los suministros entregados o las obras realizadas para el contratista principal. En ese caso, los Estados miembros instaurarán los mecanismos adecuados que permitan al contratista principal oponerse a los pagos indebidos. Las disposiciones relativas a este modo de pago se establecerán en la documentación de la contratación»

242. Artículo 227.8 TRLCSP: «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».

(artículo 71.2 Propuesta Directiva «sectores clásicos» y artículo 81.2 Propuesta Directiva «sectores especiales»)²⁴³.

Sobre la exclusión de acción directa de los subcontratistas y de los suministradores ante los órganos de contratación y respecto del impago a los contratistas por parte del contratista principal y su posibilidad de considerarlo como un incumplimiento contractual versa el siguiente Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña.

– Informe 8/2011, de 27 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, acerca de la posibilidad de considerar como incumplimiento contractual la falta de pago del precio pactado a subcontratistas y a suministradores por parte del contratista principal, a efectos de poder retener la garantía definitiva prestada por el contratista principal

El Departamento de Enseñanza plantea dos cuestiones en su escrito de consulta: la posibilidad de considerar la falta de pago a los subcontratistas y a los suministradores por parte del contratista principal como un incumplimiento contractual y, en consecuencia, la posibilidad de «retener» la garantía definitiva prestada por el contratista principal.

Las cuestiones planteadas están íntimamente relacionadas con la posibilidad de considerar como obligación contractual la realización por parte del contratista principal de los pagos, en tiempo y forma, que se deriven del encargo a subcontratistas y a suministradores de prestaciones o de partes de prestaciones del contrato.

Con carácter previo al análisis de las cuestiones concretas planteadas, este Informe hace referencia al régimen jurídico de la subcontratación en el derecho español de contratos del sector público, que se contiene, fundamentalmente, en los artículos 210 y 211 de la LCSP, sin perjuicio de las normas específicas que la Ley establece para determinados tipos de contratos: artículo 249 (concesión de obras públicas), artículo 265 (gestión de servicios públicos) y Disposición adicional 28 (subcontratación de las entidades públicas empresariales).

La subcontratación, según la LCSP, se configura, como norma general, como una facultad del contratista de encargar a terceros la realización parcial de la prestación del contrato. Esta facultad no procederá

243. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, COM (2011) 895 final y Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo sobre contratación pública, COM (2011) 896 final, ambas de fecha 20 de diciembre de 2011.

cuando, por la naturaleza y las condiciones del contrato, se deduzca que tiene que ser ejecutado directamente por el adjudicatario y, además, puede ser excepcionada expresamente por el órgano de contratación mediante su previsión en el documento o en los documentos contractuales que correspondan. A la vez esta facultad, de que disponen los contratistas, es también un mecanismo que permite a las pequeñas y medianas empresas acceder a la contratación pública, cómo así se ha manifestado en el ámbito europeo la *Small Business Act* para Europa (2008).

Entre las características principales de la subcontratación cabe destacarse las siguientes:

1. La configuración de la subcontratación como una relación jurídicamente ajena a la relación contractual entre la Administración y el contratista; es decir, la subcontratación se configura como una relación jurídica privada entre el contratista y los subcontratistas y los suministradores que no altera el régimen de exigencia de responsabilidades por el correcto cumplimiento de las prestaciones que conforman el objeto del contrato, que corresponden, en todo caso, al contratista.

2. La desvinculación procesal de la Administración respecto de la eventual acción de los subcontratistas y de los suministradores por causa de impago de las obligaciones del contratista principal con motivo de las prestaciones encargadas mediante la subcontratación.

3. El contratista debe obligarse a abonar a los subcontratistas o suministradores el precio pactado en unos determinados plazos y en unas determinadas condiciones.

4. La posibilidad de que los pliegos o el anuncio de licitación incluyan la obligación de los licitadores de indicar en su oferta qué parte del contrato tienen previsto subcontratar, señalando el importe y el nombre o el perfil empresarial –definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica– de los subcontratistas a los cuales quiera encargar la realización del trabajo.

5. La obligación, sin excepción, del contratista de comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración su intención de subcontratar, señalando la parte de la prestación afectada, la identidad del subcontratista y la justificación suficiente de la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y su experiencia.

6. La sujeción a autorización previa de las subcontrataciones que hacen referencia a contratos de carácter secreto o reservado o a aquellos contratos con medidas de seguridad especiales en su ejecución.

7. El porcentaje máximo de subcontratación es de un 60 por ciento del importe de adjudicación, si los pliegos no establecen uno diferente.

8. La posibilidad de que la Administración imponga al contratista la obligación de subcontratar determinadas partes del contrato.

9. La prohibición absoluta de firmar subcontrataciones con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con el ordenamiento jurídico o que estén incurso en alguna de las prohibiciones para contratar previstas en el artículo 49 de la LCSP (actual artículo 60 TRLCSP).

10. La obligación del contratista de informar sobre la subcontratación a los representantes de los trabajadores, de acuerdo con la legislación laboral.

11. La posibilidad de penalizar con un máximo del 50 por 100 del importe de la subcontratación la infracción de los requisitos y condiciones establecidos para subcontratar a que se ha hecho referencia en los apartados 4, 5, 6 y 7 anteriores o la falta de aptitud del contratista.

A efectos de la consulta objeto de este informe, hay que avanzar ya ahora que la configuración de la subcontratación en el derecho español de contratos del sector público no incluye, con carácter general, las obligaciones vinculadas al pago a subcontratistas como obligaciones contractuales, a pesar de la vinculación funcional existente entre ambas relaciones jurídicas. Además, la LCSP sólo atribuye carácter de condición especial de ejecución del contrato a la obligación de subcontratación que, en su caso, la Administración puede imponer al contratista respecto de prestaciones en las cuales concurren las circunstancias previstas en artículo 210.7.

La siguiente cuestión que se ha de tratar es determinar si la Administración puede retener la garantía definitiva en caso de falta de pago del precio pactado a los subcontratistas y a los suministradores por parte del contratista principal, en la medida en que se pueda establecer como una obligación contractual o como condición especial de ejecución.

La LCSP no prevé la posibilidad de «retener» la garantía definitiva a que se hace referencia en el escrito de consulta como medida vinculada a la ejecución correcta de las obligaciones económicas derivadas del contrato que corresponden al contratista principal frente a los subcontratistas y los suministradores. En la práctica, además, esta posibilidad únicamente podría entenderse como una medida preventiva o coercitiva para garantizar el cobro porque, con el marco normativo vigente, no sería

viable que la administración pagara directamente a subcontratistas y suministradores las cantidades debidas por el contratista principal con cargo a la eventual ejecución de esta garantía.

Teniendo en cuenta lo expuesto, este Informe concluye que, de acuerdo con la normativa vigente de contratos públicos, la falta de pago del precio pactado por parte del contratista a sus subcontratistas y a sus suministradores no se puede considerar, con carácter general, como un incumplimiento o un cumplimiento defectuoso del contrato o de las condiciones especiales de ejecución, al efecto de incautar la garantía definitiva.

8. OTRAS CUESTIONES DE CARÁCTER GENERAL

Perfil del contratante y Plataforma de contratación del Estado

– Informe 31/11, de 23 de mayo, de la JCCA del Estado sobre qué órganos y entidades deben entenderse sujetas a la obligación de integración de su perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Estado y qué información han de publicar obligatoriamente en la misma

La aprobación de la LES no sólo supuso cambios en la normativa contractual respecto de la potestad de modificación contractual y la colaboración entre el sector público y el sector privado, sino que también estableció, entre otros, el requisito de dotar de mayor transparencia a la información de las licitaciones que lleve cabo el sector público estatal a través de la Plataforma de Contratación del Estado al obligar a que todos los perfiles de contratante de los órganos de contratación del sector público estatal se integren en dicha Plataforma.

Este Informe de la JCCA del Estado responde a las cuestiones planteadas por la Dirección General de Patrimonio del Estado acerca de cuáles son los órganos, entidades o personas jurídicas que deben entenderse sujetas a la obligación de integración de su perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Estado, puesto que «los perfiles de contratante de los órganos de contratación del sector público estatal deberán integrarse en esta plataforma, gestionándose y difundándose exclusivamente a través de la misma. En las sedes electrónicas de estos órganos se incluirá un enlace a su perfil del contratante situado en la de Contratación del Estado» (artículo 309 LCSP/artículo 334 TRLCSP).

El ámbito subjetivo de aplicación de la citada obligación viene referido expresamente a los órganos de contratación del sector público estatal, debiéndose entender aquí comprendidos todos aquéllos entes, orga-

nismos autónomos, agencias, organismos, entidades, sociedades mercantiles, consorcios, etc., que estando comprendidos en el artículo 3.1 de la LCSP, también estén comprendidos en el artículo 2.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

En segundo lugar, la entidad consultante pregunta por la información que obligatoriamente estos órganos deben publicar en sus perfiles de contratante y, por ende, en la Plataforma de Contratación del Estado. Así pues, deberá ser objeto de publicación obligatoria la información a que se refieren los artículos 38.2, 42.2 y 135.4, 125.2, 126.4, 138.1, 175. b), 175. c), 181.2 de la LCSP y cualesquiera otros actos o informaciones cuya publicación en el perfil de contratante sea obligatoria de conformidad con la legalidad vigente.

- La resolución por la que se acuerde el mantenimiento de los efectos del contrato en el caso de que concurra causa de nulidad;
- También deberá publicarse la adjudicación de los contratos (artículo 42.2 y 135.4) como acto previo a la formalización;
- Los anuncios previos, cuando el órgano de contratación decida publicarlo, que podrá hacerlo en el DOUE o en el perfil de contratante del órgano de contratación (artículo 125.2);
- Los anuncios de licitación (artículo 126.4);
- La formalización de los contratos cuya cuantía sea igual o superior a las cantidades indicadas en el artículo 122.3 (artículo 138.1);
- Las instrucciones de obligado cumplimiento que regulen los procedimientos de contratación de contratos no sujetos a regulación armonizada de los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas, a que se refiere el artículo 175. b) LCSP;
- La información relativa a las licitaciones de los contratos a que se refiere el apartado anterior, conforme al apartado c) del mismo artículo, cuando las instrucciones internas de contratación no arbitren otras modalidades alternativas de difusión que den satisfacción suficiente al principio de publicidad;
- La celebración de un acuerdo marco (artículo 181.2);
- Cualesquiera otros actos o informaciones cuya publicación en el perfil de contratante y, por ende, en la Plataforma de Contratación del Estado sea obligatoria.

En todo caso, y según manifiesta este Informe de la JCCA, esta

amplía enumeración, debe interpretarse bajo el prisma del principio de transparencia, que de acuerdo con el artículo 123 de la LCSP (artículo 139 TRLCSP), debe informar la actuación de los órganos de contratación.

IV. INFORMES SOBRE PROYECTOS DE DISPOSICIONES EN MATERIA DE CONTRATOS

Entre las competencias que tienen encomendados los órganos consultivos en materia de contratación pública, se encuentra también la de informar, con un carácter preceptivo, los proyectos y anteproyectos de disposiciones de carácter general en materia de contratación y sobre aquéllos que sin tratar exclusivamente sobre esta materia puedan incidir en ella.

En este sentido, y de conformidad con lo previsto en la Disposición adicional primera del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, «los proyectos de disposiciones que se tramiten por los Departamentos ministeriales que tengan por objeto la regulación de materia de contratación administrativa deberán ser informadas previamente a su aprobación por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa».

En el ejercicio de esta función consultiva, y, tal como exige la normativa contractual, durante el año 2011 se han evacuado los siguientes informes y dictámenes preceptivos.

1. RESPECTO DE LA JCCA DEL ESTADO

– Informe 21/11, de 6 de abril, de la JCCA del Estado, sobre el Proyecto de Orden por la que se regula la composición y funciones de la Junta de Contratación y de la Mesa única de contratación del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio

Este Proyecto fue aprobado por Orden ITC/2411/2011, de 5 de septiembre (BOE nº 220, de 13 de septiembre de 2011). Ahora bien, después del cambio de Gobierno y en virtud del Real Decreto 1823/2011, de 21 de diciembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales, se suprimió el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio al que hace referencia este Orden, correspondiendo sus competencias al actual Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

El Real Decreto 344/2012, de 10 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Industria, Energía y Tu-

rismo, en su Disposición transitoria tercera y refiriéndose a los órganos colegiados de contratación, señala que:

«Sin perjuicio de lo establecido en la disposición transitoria primera acerca de la subsistencia de unidades y puestos de trabajo, y hasta el momento en que se aprueben las correspondientes órdenes ministeriales y se constituyan los órganos colegiados en materia de contratación del Ministerio de Industria, Energía y Turismo y del Ministerio de Economía y Competitividad, quedarán subsistentes la Junta de Contratación y la Mesa Única de Contratación del extinguido Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, con la estructura y facultades que le atribuyen la Orden ITC/2411/2011, de 5 de septiembre».

– *Informe 7/11, de 6 de abril, de la JCCA del Estado, sobre el Proyecto de Orden por la que se regula la contratación centralizada en el Ministerio de Defensa y se modifica la composición y competencias de las Juntas de Contratación del Ministerio de Defensa, del Estado Mayor de la Defensa y los Ejércitos*

Tras este preceptivo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y con la aprobación previa del Vicepresidente Tercero del Gobierno y Ministro de Política Territorial y Administración Pública, se aprobó la Orden DEF/2021/2011, de 13 de julio (BOE nº 172, de 19 de julio de 2011).

Por su parte, esta Junta de Contratación del Ministerio de Defensa, acordó en sesión celebrada el día 19 de septiembre de 2011 (Acta número 111/11), la delegación de competencias para celebrar contratos, en los órganos de contratación del Ministerio de Defensa y de sus Organismos Autónomos, que se publicó mediante Resolución 330/38243/2011, de 17 de noviembre, de la Dirección General de Asuntos Económicos, por la que se publica el Acuerdo de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa, por el que se delegan competencias para celebrar contratos (BOE nº 287, de 29 de noviembre de 2011).

– *Informe 25/11, de 7 de julio, de la JCCA del Estado, relativo al Proyecto de Orden sobre composición y funciones de la Junta de Contratación y de la Mesa de Contratación del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino.*

Esta Disposición tiene por finalidad establecer la composición y funciones de la Junta de Contratación y la Mesa de Contratación regulando un sistema de organización de la gestión de la contratación administrativa resultante de la nueva organización del mismo para lo cual se prevén en el texto del proyecto de orden la necesaria derogación de aquellas normas anteriores que hasta el momento resultan aplicables.

Ahora bien, dado que se trata de cuestiones de carácter organizativo, la JCCA del Estado entiende que no debe pronunciarse sobre este Proyecto al considerar que excede de las competencias que tiene asignadas.

– Informe 39/11, de 7 de julio, de la JCCA del Estado, relativo al Proyecto de Real Decreto por el que se aprueban los materiales básicos y fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministros de fabricación de las Administraciones Públicas

Según establecía el antiguo artículo 78.1 LCSP (actual artículo 90 TRLCSP) la revisión de precios se llevará a cabo mediante la aplicación de índices oficiales o de la fórmula aprobada por el Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, para cada tipo de contratos.

En virtud de ello, y tras el informe preceptivo de la JCCA del Estado, en el BOE nº 258, de 26 de octubre de 2011, se publicó el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones públicas.

– Informe 49/11, de 13 de septiembre, de la JCCA del Estado, sobre el Proyecto de Real Decreto /2011, de, modificación del Real Decreto 1053/2010, de 5 de agosto, de desconcentración de facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios onerosos, en el ámbito del Ministerio de Defensa

El Real Decreto 1053/2010, de 5 de agosto, de desconcentración de facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios jurídicos onerosos, en el ámbito del Ministerio de Defensa, desconcentra las facultades de contratación en otras autoridades del Departamento Ministerios. Para que estas facultades fueran también aplicables a los contratos amparados por la Ley 24/2011, de 1 de agosto, era preciso modificar el citado Real Decreto básicamente, en su ámbito de aplicación y en las reservas que hacen en los órganos superiores del Ministerio –antes la Ministra y el Secretario de Estado– y después de la nueva estructura orgánica –el Ministro de Defensa y el Secretario de Estado. Estos cambios tuvieron lugar mediante el Real Decreto 1675/2011, de 18 de noviembre (BOE nº 279, de 19 de noviembre de 2011).

– Informe 66/11, de 15 de diciembre, de la JCCA del Estado, sobre el Proyecto del Real Decreto por el que se modifica la letra d) de la cláusula 8 del

Pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión

El TJUE en su sentencia, de 22 de abril de 2010, (Asunto C-423/07, Rec. p. I-3429) declaró que España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 3 (apartado 1) y 11 (apartados 3 y 6) de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, en relación con la adjudicación a Ibérica de Autopistas, Concesionaria Española, S. A., de determinados contratos de obras porque, después de haber iniciado el procedimiento para la adjudicación de las obras, adjudicó obras complementarias, concretamente la construcción de vías de circulación adicionales y un nuevo túnel en determinados tramos de autopistas, sin que estas obras se mencionen en el objeto del contrato de concesión de obras públicas, tal como se describía en el anuncio publicado en el DOUE y en el pliego de condiciones. Por lo que, la sentencia viene a declarar que el Gobierno de España vulneró la citada Directiva al no haberse publicado ni en el anuncio en el DOUE, ni en el pliego de cláusulas administrativas particulares del concurso la totalidad de las obras a ejecutar por el concesionario.

Para dar debida cuenta de las obligaciones recogidas en la citada sentencia, el Reino de España se ha comprometido, entre otras medidas, a modificar la cláusula 8 del pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, en el sentido de delimitar las características de las mejoras que se pueden admitir, a propuesta del licitador de una concesión de autopista de peaje, a fin de evitar que los licitadores propongan mejoras no amparadas por el objeto de un contrato, pues la adjudicación de esas obras sin la debida publicidad resulta contraria a los principios de transparencia e igualdad, según ha declarado el TJUE.

La reforma se aprueba por Real 488/2012, de 5 de marzo, que modifica la letra d) de la cláusula 8 del pliego de cláusulas generales, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, con la finalidad de establecer límites cualitativos y cuantitativos a las mejoras (BOE nº 56, de 6 de marzo de 2012). Entre los primeros está acotar las mejoras a concretos supuestos (características estructurales de la obra, régimen de explotación, medidas a evitar los daños al medio ambiente y recursos naturales, pero no ubicación), que, además, se complementa con una descripción de lo que, en ningún caso, se consideran mejoras.

Entre los cuantitativos, se fija un límite objetivo que impide la exis-

tencia de mejoras cuando el valor estimado de las mismas exceda del 5 por 100 del valor estimado del contrato y se limitan las expropiaciones a una superficie que no exceda del 5 por 100 de la prevista en el anteproyecto que sirva de base a dicha licitación.

– *Informe 68/11, de 15 de diciembre, de la JCCA del Estado, propuesta de Orden por la que se hacen públicos los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2012.*

Mediante Orden EHA/3479/2011, de 19 de diciembre, se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2012 (BOE nº 308, de 23 de diciembre) de conformidad con el Reglamento (UE) 1251/2011, de 30 de noviembre (DOUE L 319, de 2 de diciembre).

2. INFORMES DE OTRAS JUNTAS CONSULTIVAS

– *Informe 4/2011, de 19 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre el Anteproyecto de Ley de medidas en materia de Contratos del sector público de Aragón*

La Ley de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón fue aprobada por Ley 3/2011, de 24 de febrero y publicada en el BOE nº 83, de 7 de abril de 2011. Con posterioridad, y con ocasión de la interposición del recurso de inconstitucionalidad nº 6720-2011, promovido por el Presidente del Gobierno, ha sido objeto de reforma por parte de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón.

– *Informe 1/2011, de 18 de abril, del Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares, sobre el proyecto de Decreto por el que se establecen los criterios y principios generales para la concertación de servicios en el ámbito público de servicios sociales*

Este Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares sobre el proyecto de Decreto por el que se establecen los criterios y principios generales para la concertación de servicios en el ámbito del sistema público de servicios sociales, es desfavorable dado que la Junta entiende que vulnera la regulación del procedimiento contratación previsto para los contratos de gestión de servicios públicos mediante la modalidad de concierto en la LCSP, y vulnera asimismo la Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las Illes Balears.

– *Informe 11/2011, de 16 de diciembre, del Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, sobre el Pro-*

yecto de Orden por el cual se modifica la Orden ECF/313/2008, de 23 de junio, por la que se aprueba la aplicación de la Plataforma de servicios de contratación pública, y se incorpora el servicio de sobre digital

En fecha 15 de marzo de 2012, el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya (DOGC) ha publicado la Orden ECO/58/2012, de 22 de febrero, mediante la cual se aprueba la modificación de la aplicación de la Plataforma de servicios de contratación pública, motivada por la incorporación a la Plataforma de nuevas funcionalidades, complementarias de las ya existentes como son, entre otras, la creación de un perfil de licitador, de un espacio de encuentro de empresas a los efectos de ofrecer y buscar colaboraciones para acceder en las licitaciones y de un buzón de innovación donde las empresas puedan hacer llegar a los compradores públicos las novedades tecnológicas que se encuentran disponibles en el mercado, así como de las herramientas necesarias para la presentación electrónica de proposiciones, como son el sobre digital y la subasta electrónica, con el objetivo de finalizar la construcción del sistema integral de contratación electrónica.

V. RECOMENDACIONES, ACUERDOS, INSTRUCCIONES Y CIRCULARES

Las funciones asesoras de los órganos consultivos en materia de contratación pública no agotan las competencias que tienen atribuidas, puesto que en su condición de órganos especializados también pueden elaborar estudios y emitir recomendaciones, instrucciones, acuerdos o circulares en materia de contratación, dirigidas a los órganos de contratación.

Durante el año 2011, y como consecuencia de los numerosos cambios normativos acaecidos en esta materia, ha tenido gran importancia la formulación de recomendaciones en materia de homogeneización y simplificación de la documentación administrativa, así como la emisión de circulares y la adopción de acuerdos para informar de los cambios en la normativa. Entre estos acuerdos cabe destacarse los referidos a la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, y más recientemente, los que aluden al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

1. LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

– Recomendación 1/2011, de 29 de marzo, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía, sobre el criterio inter-

pretativo del régimen transitorio de la Disposición transitoria séptima de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible

– Acuerdo 4/2011, de 26 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, por el que se informa a los órganos de contratación de las principales novedades introducidas en la Ley de Contratos del Sector Público por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

– Informe 23/2011, de 12 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sobre cuestiones derivadas del nuevo régimen de modificación de los contratos públicos introducido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible

2. TEXTO REFUNDIDO DE LA LCSP

Como hemos señalado en la parte introductoria, y tal como tratan otros trabajos recogidos en este mismo volumen, mediante el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se ha aprobado el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), en el que se han integrado todas las modificaciones introducidas en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, a través de sucesivas leyes, que han dado una nueva redacción a determinados preceptos o han introducido nuevas disposiciones²⁴⁴. Debido a estos cambios normativos, ha resultado preciso ajustar, en todos los modelos de pliegos de cláusulas administrativas, la numeración de los artículos, así como las remisiones y concordancias.

– Acuerdo 13/2011, de 27 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, por el que se da cuenta a la Comisión Permanente de la adaptación de los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares informados por la Junta Consultiva

– Acuerdo 14/2011, de 27 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, por el que se informa a los órganos de contratación de los principales cambios acaecidos en la materia tras la entrada en vigor del TRLCSP

3. OTRAS RECOMENDACIONES E INSTRUCCIONES

– Recomendación de 8 de febrero de 2011, de la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Galicia, sobre las

244. Vid., MORENO MOLINA, J. A., «El nuevo Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público», *Contratación Administrativa Práctica*, nº 115, enero 2012, pp. 3-24.

cláusulas que deben incluirse en los contratos de servicios que impliquen contratación de personal

– Recomendación 1/2011, de 5 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, sobre la inclusión de cláusulas sobre el arbitraje de consumo en el ámbito de los contratos del sector público

– Instrucción 2/2011, de 27 de octubre, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, respecto de la comprobación del cumplimiento de las obligaciones de afiliación y alta en la Seguridad Social de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas

En este apartado también vamos a referirnos sumariamente, al estudio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Castilla y León, de fecha 23 de noviembre de 2011, sobre distintos aspectos referidos a la contratación pública y que, en atención a la variedad de cuestiones tratadas y su falta de publicación anterior, creemos que puede resultar de interés y, por ello, se adjunta como anexo al presente trabajo. En este estudio los temas tratados son los siguientes:

1. Forma de tramitar los modificados de contratos del sector público con la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

2. Momento oportuno para practicar la revisión de precios especialmente en los contratos de obras en los que se ha generalizado la práctica configurada legalmente como «excepcional» de realizarla en la liquidación.

3. El régimen de garantías en el sector público y la práctica de determinados poderes adjudicadores del sector público autonómico que practican retención del precio como forma de constituir la garantía en los contratos de obras.

4. Criterios para determinar la forma de acreditar la disponibilidad de los medios externos a que se refiere el artículo 52 de la LCSP (actual artículo 63 TRLCSP).

VI. GUÍAS DE ACTUACIÓN PARA LOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN EN APOYO DE OBJETIVOS DE INTERÉS GENERAL

Conforme a lo dispuesto en las vigentes Directivas de la UE en materia de contratación y según reconoce también la jurisprudencia del

TJUE, las autoridades públicas pueden hacer uso del potencial de sinergia de los fondos destinados a sus contratos para favorecer e impulsar otras políticas públicas, si bien desde la búsqueda de un necesario equilibrio que no desnaturalice los objetivos propios de la normativa contractual, ni quiebre los principios que rigen la adjudicación contractual, en especial, los principios de igualdad de trato, transparencia y no discriminación²⁴⁵.

En este sentido, y como consecuencia del anuncio de revisión de las Directivas²⁴⁶, se abrió un proceso de consultas con la publicación del *Libro Verde de la Comisión sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente* (2011), para debatir acerca de «cómo comprar» y «qué comprar» en apoyo de los objetivos políticos de la *Estrategia Europa 2020*²⁴⁷. Esta Estrategia 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 competitiva, y por último, un crecimiento integrador que aumente el nivel de empleo y que garantice la cohesión social y territorial²⁴⁸.

Así pues, parece avanzarse en la idea de que la futura política de contratación pública va a incorporar a las nuevas Directivas de la Unión un listado de objetivos temáticos en consonancia con la Estrategia Europa 2020, incidiendo en planteamientos orientados a la utilización de los contratos públicos en apoyo de otras políticas y, especialmente, de

245. MEDINA ARNAÍZ, T., «Comprando para asegurar nuestro futuro: La utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», *Observatorio de Contratos Públicos 2010 (...)*, op. cit., pp. 43-101.

246. *Programa de Trabajo de la Comisión para 2011*, COM (2010) 623 final, de 27 de octubre de 2010 (Volumen I y II); Comunicación *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, p. 16 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.

247. COM (2011) 15 final, de 25 de enero de 2011, pp. 36 a 48, en el apartado dedicado a la «Utilización estratégica de la contratación pública en respuesta a nuevos desafíos».

248. *EU2020 Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, COM (2010) 2020 final, de 3 de marzo 2010. Estos objetivos están también recogidos en las Conclusiones adoptadas por el Consejo Europeo del 17 de junio de 2010 como apartado I (*Nueva estrategia europea para el empleo y el crecimiento. Principales objetivos de la UE*) y en la Decisión del Consejo, de 21 de octubre de 2010, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros.

aquellas en las que se garantice un uso más eficiente de los fondos públicos en un contexto económico de austeridad presupuestaria y de presión sobre las finanzas públicas.

En esta línea, y desde hace un tiempo, algunas de nuestras Juntas Consultivas venían desarrollando una labor de concienciación a los gestores públicos para potenciar el uso de la contratación hacia objetivos de interés general a través de la publicación de distintas guías de actuación. Entre estos objetivos generales cabe destacar el fomento de las políticas de I+D, la inclusión de cláusulas contractuales de carácter social o los relacionados con 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 en los procedimientos de adjudicación de contratos²⁴⁹.

1. LA «CONTRATACIÓN VERDE»

La apuesta por una «contratación pública ecológica» o «contratación verde»²⁵⁰ ha centrado parte de los códigos de buenas prácticas publicados durante el año 2011 con el fin de favorecer 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 ciertos productos y servicios²⁵¹.

249. Como ejemplo de ello, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, ha publicado un manual para la aplicación de medidas de fomento de la I+D en el ámbito de la contratación pública (abril 2007); una guía para la inclusión de cláusulas contractuales de carácter social (marzo, 2010); la guía de ambientalización de comedores colectivos (septiembre, 2010) y la guía de solvencia técnica y gestión ambiental que presentaba propuestas para los contratos de obras y servicios (diciembre de 2010).

250. Bajo las locuciones «contratación pública ecológica» y «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. PERNÁS GARCÍA, J. J., *Contratación pública verde*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.

251. 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 servicios de restauración, los productos textiles y los productos y servicios de jardinería. *Vid.* la Comunicación de la Comisión *Contratación pública para un medio ambiente mejor*, COM (2008) 400 final, de 16 de julio de 2008.

– Informe 38-1/11, de 7 de julio, de la JCCA del Estado sobre el Proyecto de Código de Buenas Prácticas ambientales para contratos de mantenimiento y obras menores para el desarrollo del Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado

– Informe 38-2/11, de 7 de julio, de la JCCA del Estado, sobre el Proyecto de Código de Buenas Prácticas ambientales para la contratación de los servicios de limpieza de edificios para el desarrollo del Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado

– Informe 38-3/11, de 7 de julio, de la JCCA del Estado, sobre el Proyecto de Código de buen uso del papel y de las publicaciones para el desarrollo del Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado

– Informe del Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, de 16 de diciembre de 2011, respecto de la guía de la contratación de productos textiles ambientalmente correcta

– Informe del Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, de 16 de diciembre de 2011, respecto de la guía de acontecimientos ambientalmente correctos

2. LA 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.

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 PIB²⁵² y para

Para tratar de la incorporación de criterios ambientales en la contratación pública resulta de interés el *Manual sobre contratación pública ecológica ¡Compras ecológicas!*, SEC (2004) 1050, de 18 de agosto de 2004. Su segunda edición, publicada en octubre de 2011, puede consultarse en: <http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook.pdf> *Buying green! A handbook on green public procurement* (en inglés). El resumen en castellano está disponible en: http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_summary_es.pdf [Fecha de consulta: 21 de abril 2012].

252. Según datos de ZAGAMÉ, P., *The cost of a non-innovative Europe: the challenges ahead*, 2010 y que se encuentran recogidos en la *Iniciativa emblemática de Europa 2020 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: 21 de abril 2012].

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 precomercial²⁵³. 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 Unión²⁵⁴ y en el documento de trabajo *Guía sobre las soluciones innovadoras en materia de contratación pública: Diez elementos de buenas prácticas*²⁵⁵.

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*²⁵⁶, 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».

El marco jurídico estatal estaría recogido en los artículos 4.1.r), 11.1.c), 13.2.b), Disposición adicional vigésimo novena y Disposición final quinta del TRLCSP; los artículos 7 y 44.3 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación y el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 8 de julio de 2011, por el que se determina el procedimiento de articulación de la Compra Pública Innovadora en los Departamentos Ministeriales y sus Organismos Públicos y se desarrolla la compra pública innovadora en el marco de la Estrategia Estatal de Innovación (e2i).

Así, la compra pública innovadora es una actuación administrativa de fomento de la innovación orientada a potenciar el desarrollo de nue-

253. Comunicación *Iniciativa emblemática de Europa 2020 Unión por la innovación*, COM (2010) 546 final, de 6 de octubre de 2010, p. 18.

254. COM (2006) 502 final, de 13 de septiembre de 2006, p. 12.

255. 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, SEC (2007) 280.

256. 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

vos mercados innovadores desde el lado de la demanda, a través del instrumento de la contratación pública. Se materializa en dos modalidades de actuación, las compras comerciales y las compras precomerciales y un programa de financiación (INNODEMANDA).

De acuerdo con lo anterior, para la ayuda a la demanda, el Ministerio de Ciencia e Innovación publicó una *Guía de Compra Pública Innovadora* dirigida a las Administraciones públicas y demás organismos y entidades del sector público contratantes para la mejor y más adecuada aplicación de los procedimientos de contratación y adjudicación de la compra pública innovadora²⁵⁷. Esta guía fue informada por la JCCA del Estado en su Informe 37/11, de 28 de octubre de 2011.

– *Recomendaciones de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Castilla y León, emitidas el 23 de noviembre de 2011, sobre la compra pública innovadora*

Asimismo, y respecto de esta materia, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Castilla y León, presentó una ponencia para el estudio de los diferentes Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y la elaboración de las recomendaciones pertinentes a los órganos de contratación sobre la compra pública innovadora. Sus recomendaciones fueron las siguientes:

Primero: Que de los dos instrumentos jurídicos que componen la Compra Pública Innovadora, a saber, la Compra Pública Precomercial (CPP) y la Compra Pública de Tecnología innovadora (CPTi), atendiendo a la naturaleza de aquellos y a la estructura territorial y demográfica de Castilla y León resulta más conveniente dirigir la atención administrativa, en todo caso, hacia la modalidad de Compra Pública de Tecnología innovadora.

Segundo: Que dado que la CPTi, supone la inexistencia de productos o servicios de mercado que cumplan con los requisitos demandados por la Administración (lo que exige que el adjudicatario realice actividades de I+D para materializar el producto solicitado) es precisa una demanda temprana de estos productos por la inevitable dilación en el tiempo entre la solicitud del producto y su satisfacción.

257. Hay que señalar que, después del cambio de Gobierno y en virtud del Real Decreto 1823/2011, de 21 de diciembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales, se suprimió el Ministerio de Ciencia e Innovación, correspondiendo al Ministerio de Economía y Competitividad «la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia investigación científica, desarrollo tecnológico e innovación en todos los sectores, la política comercial y de apoyo a la empresa».

Tercero: Que la demanda temprana de CPTi, requiere un impulso institucional desde al menos las siguientes perspectivas:

a) Un esfuerzo de pedagogía y difusión de este instrumento tanto entre los órganos de contratación de la Administración como entre los diferentes proveedores de bienes y servicios del que pueda obtenerse propuestas de valor de interés para la administración.

b) El diseño del cauce adecuado para canalizar esas propuestas de valor, y en su caso su jerarquización.

c) Dotar de los correspondientes créditos los Programas de Inversión que den cobertura a las CPTi que se aprueben, sin perjuicio de la suscripción, en su caso, de los correspondientes Acuerdos Programa INNODEMANDA como instrumento de financiación a la compra pública innovadora del Ministerio de Ciencia e Innovación a través del Centro para el Desarrollo Tecnológico e Industrial (CDTI).

d) Impulsar la agregación de demanda de las CPTi con otras Administraciones públicas para conseguir mayores ventajas en prestaciones avanzadas y precios.

Cuarto: Que recientemente el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España, en cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Europea y con la finalidad de mejorar y facilitar a los órganos públicos los procedimientos de contratación y adjudicación de compra pública innovadora, ha publicado una Guía del Usuario de Compra Pública Innovadora. Esta guía pretende:

- Superar dudas en la tramitación de las compras públicas innovadoras.
- Compartir conocimientos, soluciones técnicas y proyectos comunes.
- Mejorar la preparación de los técnicos de las unidades de contratación para que demanden al mercado soluciones tecnológicas adecuadas a sus necesidades.
- Mejorar los pliegos de prescripciones técnicas de las licitaciones.
- Impulsar la coordinación de licitaciones entre los diferentes departamentos implicados en compra pública innovadora.
- Impulsar la difusión de buenas prácticas entre los compradores del sector público y del privado.

VII. NORMATIVA E INFORMES DE LAS JUNTAS CONSULTIVAS U ÓRGANOS CONSULTIVOS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, de régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Relación cronológica de los informes emitidos por la JCCA del Estado durante el año 2011

– Informe 35/10, de 6 de abril, de la JCCA del Estado, sobre el día que determina el inicio del plazo para la revisión de precios en los contratos administrativos.

– Informe 7/11, de 6 de abril, de la JCCA del Estado, sobre el Proyecto de Orden por la que se regula la contratación centralizada en el Ministerio de Defensa y se modifica la composición y competencias de las Juntas de Contratación del Ministerio de Defensa, del Estado Mayor de la Defensa y los Ejércitos.

– Informe 21/11, de 6 de abril, de la JCCA del Estado, sobre el Proyecto de Orden por la que se regula la composición y funciones de la Junta de Contratación y de la Mesa única de contratación del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

– Informe 17/10, de 23 de mayo, de la JCCA del Estado, sobre distintos apartados relativos al ámbito objetivo de aplicación de la LCSP respecto de diferentes tipos de contratos de suministros celebrados por el Organismo Autónomo Penitenciario y Formación para el Empleo.

– Informe 58/10, de 23 de mayo, de la JCCA del Estado, respecto del plazo de pago aplicable a los entes, organismos y entidades que, aun perteneciendo al sector público estatal, no tienen la consideración de Administración Pública.

– Informe 29/11, de 23 de mayo, de la JCCA del Estado, acerca de la publicidad de los procedimientos de adjudicación de los contratos.

– Informe 31/11, de 23 de mayo, de la JCCA del Estado, sobre qué entidades deben entenderse sujetas a la obligación de integración de su perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Estado y qué información ha de publicarse en la misma.

– Informe 38-1/11, de 7 de julio, de la JCCA del Estado, sobre el Proyecto de Código de Buenas Prácticas ambientales para contratos de

mantenimiento y obras menores para el desarrollo del Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado.

– Informe 38-2/11, de 7 de julio, de la JCCA del Estado, sobre el Proyecto de Código de Buenas Prácticas ambientales para la contratación de los servicios de limpieza de edificios para el desarrollo del Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado.

– Informe 38-3/11, de 7 de julio, de la JCCA del Estado, sobre el Proyecto de Código de buen uso del papel y de las publicaciones para el desarrollo del Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado.

– Informe 39/11, de 7 de julio, de la JCCA del Estado, relativo al Proyecto de Real Decreto por el que se aprueban los materiales básicos y fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministros de fabricación de las Administraciones Públicas.

– Informe 49/11, de 13 de septiembre, de la JCCA del Estado, sobre el Proyecto de Real Decreto /2011, de, modificación del Real Decreto 1053/2010, de 5 de agosto, de desconcentración de facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios onerosos, en el ámbito del Ministerio de Defensa.

– Informe 36/10, de 28 de octubre, de la JCCA del Estado, respecto de una consulta sobre la forma de tramitar un expediente de contratación relativo al servicio de agencia de viajes y su relación con un acuerdo marco.

– Informe 37/10, de 28 de octubre, de la JCCA del Estado, acerca de la posibilidad de modificar un contrato para incluir una cláusula que permita la resolución anticipada de un derecho de superficie en la cual se fijen los requisitos y condiciones en que la misma puede producirse y los efectos que la misma tendría lugar para las partes y la posibilidad de llevar a cabo una reversión parcial.

– Informe 40/10, de 28 de octubre, de la JCCA del Estado, sobre la condición de poder adjudicador de la entidad Fundación Patronato Zorroaga relacionada con el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián.

– Informe 41/10, de 28 de octubre, de la JCCA del Estado, relativo a la expresión presupuesto igual o superior a 120.000 euros del artículo 54 LCSP, referido a contratos de servicios y exigencia de clasificación de las empresas.

– Informe 42/10, de 28 de octubre de 2011, de la JCCA del Estado,

sobre la modificación de la garantía constituida. Necesidad de ampliarla hasta cubrir el precio total y las consecuencias que acarrearía la no ampliación de la garantía definitiva.

– Informe 49/10, de 28 de octubre, de la JCCA del Estado, respecto de la normativa aplicable a la valoración de una concesión administrativa.

– Informe 52/10, de 28 de octubre, de la JCCA del Estado, sobre la aplicación mediante convenio de colaboración de la prestación del servicio postal de un Ayuntamiento.

– Informe 56/10, de 28 de octubre, de la JCCA del Estado, relativo a la posibilidad de regular en el pliego de cláusulas administrativas particulares cuestiones relativas a la relación contractual entre el contratista y el subcontratista y cuestiones de régimen transitorio referidas a la morosidad en las operaciones comerciales propias de la relación entre el contratista y sus proveedores.

– Informe 2/11, de 28 de octubre, de la JCCA del Estado, sobre diversas cuestiones relativas a la tramitación anticipada de contratos plurianuales y respecto si contratos de servicios de naturaleza privada son contratos de regulación armonizada.

– Informe 4/11, de 28 de octubre, de la JCCA del Estado, sobre baremar las ofertas económicas en un pliego de cláusulas administrativas particulares valorando con mayor puntuación, en cuanto al precio, a ofertas que no se corresponden con la más baja.

– Informe 5/11, de 28 de octubre, de la JCCA del Estado, sobre prórroga de la concesión y modificación de la misma en uso del ius variandi y por motivos de interés público.

– Informe 6/11, de 28 de octubre, de la JCCA del Estado, respecto de la problemática con la que se encuentran las empresas licitadoras ante los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.

– Informe 8/11, de 28 de octubre, de la JCCA del Estado, sobre la adjudicación del arrendamiento de varios apartamentos de titularidad municipal a dos miembros de la Corporación.

– Informe 12/11, de 28 octubre de 2011, de la JCCA del Estado, sobre la aplicación de un criterio de adjudicación que valore el porcentaje de trabajadores en situación de paro que se contratará para la ejecución del contrato.

5. OBSERVATORIO DE LA ACTIVIDAD DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS...

– Informe 19/11, de 28 de octubre, de la JCCA del Estado, sobre la interpretación de la disposición transitoria segunda, apartado d) de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, en relación con el momento en que puede formalizarse el contrato por el efecto temporal de la suspensión automática que impide la formalización del contrato en tanto la misma no sea levantada por decisión de los órganos que determina la Ley.

– Informe 23/11, de 28 de octubre, de la JCCA del Estado, relativo a la procedencia de la motivación de la denuncia de una concesión. Alcance de la modificación de una concesión. Si puede considerarse como afecto al interés público la apertura de libre concurrencia al otorgar una nueva concesión.

– Informe 24/11, de 28 de octubre, de la JCCA del Estado, sobre los efectos de la aplicación del IVA en los contratos.

– Informe 26/11, de 28 de octubre, de la JCCA del Estado, acerca de la posibilidad de realizar encomiendas de gestión a una sociedad declarada como un medio propio.

– Informe 37/11, de 28 de octubre, de la JCCA del Estado, Guía sobre compra pública innovadora.

– Informe 54/10, de 15 de diciembre, de la JCCA del Estado, respecto de los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

– Informe 57/10, de 15 de diciembre, de la JCCA del Estado, sobre la posibilidad de incluir en los pliegos para obras el derecho de tanteo a favor de una empresa.

– Informe 9/11, de 15 de diciembre, de la JCCA del Estado, sobre cuestiones relacionadas con la Disposición transitoria quinta de la LCSP y la aplicación del artículo 54 de la Ley relativa a la clasificación de las empresas.

– Informe 11/11, de 15 de diciembre, de la JCCA del Estado, sobre el régimen de encomiendas de gestión a los medios propios.

– Informe 14/11, de 15 de diciembre, de la JCCA del Estado, respecto de la procedencia de un recurso especial en materia de contratación y sus efectos en un contrato de gestión de servicios públicos.

– Informe 15/11, de 15 de diciembre, de la JCCA del Estado, sobre el órgano a quien corresponde realizar la comprobación documental aportada por candidatos y licitadores.

– Informe 17/11, de 15 de diciembre, de la JCCA del Estado, res-

pecto de la exigencia de experiencia en edificios catalogados como criterio de valoración de las empresas.

– Informe 20/11, de 15 de diciembre, de la JCCA del Estado, sobre la posibilidad de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de obras como criterio de adjudicación del contrato el volumen de contratos de suministros en el propio municipio.

– Informe 22/11, de 15 de diciembre, de la JCCA del Estado, respecto de los efectos de la subsanación de defectos ejecutados durante el plazo de garantía del contrato.

– Informe 27/11, de 15 de diciembre, de la JCCA del Estado, sobre la duración de un contrato complementario de dirección de obra.

– Informe 30/11, de 15 de diciembre, de la JCCA del Estado, respecto de una incidencia producida en el examen de la documentación que deriva en la exclusión de la empresa. Contenido defectuoso del pliego de cláusulas administrativas particulares y del pliego de prescripciones técnicas.

– Informe 36/11, de 15 de diciembre, de la JCCA del Estado, respecto de la posibilidad de acción directa del subcontratista contra el órgano de contratación. Posibilidad de retener al contratista las cantidades reclamadas por el subcontratista.

– Informe 43/11, de 15 de diciembre, de la JCCA del Estado, sobre la posible adhesión de Mutualidades de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional a sistemas de contratación centralizada existentes en las Comunidades Autónomas.

– Informe 45/11, de 15 de diciembre, de la JCCA del Estado, sobre incidencias surgidas y derivadas de un incidente con resultado de daños relacionados con un expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración.

– Informe 46/11, de 15 de diciembre, de la JCCA del Estado, sobre la valoración de las ofertas anormalmente bajas.

– Informe 66/11, de 15 de diciembre, de la JCCA del Estado, sobre el Proyecto del Real Decreto por el que se modifica la letra b) de la cláusula 8 del pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión.

– Informe 68/11, de 15 de diciembre, de la JCCA del Estado, propuesta de Orden por la que se hacen públicos los límites de los distintos

tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2012.

2. COMISIÓN CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE ANDALUCÍA

En el ejercicio de las competencias exclusivas en materia de organización y estructura de sus instituciones de autogobierno, la Comunidad Autónoma de Andalucía aprobó el Decreto 54/1987, de 25 de febrero, por el que se creaba la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa.

El Decreto 93/2005, de 29 de marzo, regula la organización y funciones de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa, configurándose como el órgano colegiado consultivo específico en materia de contratación de la Junta de Andalucía, de sus organismos autónomos y de las demás entidades públicas y privadas vinculadas que deban someter su actividad contractual a lo dispuesto en la legislación contractual.

La modificación en su denominación tuvo lugar mediante la Disposición final primera del Decreto 39/2011, de 22 de febrero, por el que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y regula el régimen de bienes y servicios homologados. De tal manera que la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa pasó a denominarse Comisión Consultiva de Contratación Pública.

Relación cronológica de los informes y recomendaciones emitidos por la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía durante el año 2011

– Informe 1/2011, de 7 de marzo, sobre la sujeción a la LCSP del Parque Tecnológico y Aeronáutico, SL.

– Recomendación 1/2011, de 29 de marzo, sobre criterio interpretativo del régimen transitorio de la disposición transitoria séptima de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

– Recomendación 2/2011, de 29 de marzo, sobre medio para conocer la interposición del recurso contencioso-administrativo contra la resolución del recurso especial en materia de contratación a efectos de la suspensión a que se refiere la disposición transitoria segunda, letra d) de la Ley 34/2010, de 5 de agosto.

– Informe 3/2011, de 16 de junio, sobre la calificación jurídica de

un contrato para la gestión de estancias de alumnado de otros países de la Unión Europea.

– Informe 4/2011, de 7 de diciembre, sobre régimen jurídico de los contratos basados en acuerdos marco adjudicados por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía.

– Informe 5/2011, de 14 de septiembre, sobre sujeción de la Sociedad Andaluza de Valoración de la Biomasa, SA a la Ley de Contratos del Sector Público.

– Informe 6/2011, de 7 de diciembre, sobre calificación jurídica y clasificación de un contrato de servicio de monitores de comedor en centros docentes públicos.

– Informe 7/2011, de 7 de diciembre, sobre interpretación de la disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

3. JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE ARAGÓN

Por parte del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón –adscrita al Departamento competente en materia de Hacienda– es el órgano consultivo en materia de contratación pública de la Administración, sus organismos públicos, empresas y fundaciones del sector público de Aragón, así como de las Universidades Públicas y Entes Locales radicados en su territorio.

Relación cronológica de los informes y recomendaciones emitidos por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón durante el año 2011

– Informe 1/2011, de 12 de enero, sobre la motivación en la aplicación de los criterios de valoración de ofertas. Valoración de variantes o mejoras.

– Informe 2/2011, de 12 de enero, respecto del nuevo modelo de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación de suministros en la modalidad de arrendamiento con opción de compra, adjudicados mediante procedimiento abierto y varios criterios de adju-

dicación, adaptado a la modificación de la Ley de Contratos del Sector Público operada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto.

– Informe 3/2011, de 12 de enero, sobre los Pliegos tipo de Cláusulas Administrativas Particulares para los Acuerdos Marco de homologación de suministros por procedimiento abierto sin criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor y mediante procedimiento abierto con criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor.

– Informe 4/2011, de 19 de enero, sobre el Anteproyecto de Ley de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón.

– Informe 5/2011, de 2 de febrero, respecto de la Mesas de contratación: composición, sustitución y suplencia. Presencia del Interventor en las Mesas de contratación de una entidad de Derecho Público, poder adjudicador, no Administración Pública.

– Informe 6/2011, de 10 de febrero, sobre la inembargabilidad y transmisibilidad de los derechos de cobro.

– Informe 7/2011, de 2 de marzo, respecto de la modificación de los modelos tipo de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares aplicables a los contratos de obras, suministros y servicios a adjudicar por procedimiento abierto (único y varios criterios de adjudicación), procedimiento negociado sin publicidad y contratos de suministro mediante Acuerdo Marco del artículo 9.3.a) LCSP a adjudicar mediante procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación por la Universidad de Zaragoza.

– Informe 8/2011, de 2 de marzo, sobre el modelo tipo de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la adjudicación de contratos privados de patrocinio publicitario, por procedimiento negociado sin publicidad.

– Informe 9/2011, de 6 de abril, respecto de la variación de unidades de obra y modificaciones en contratos de obras, que requieran la redacción de un proyecto. Límites a las facultades del director facultativo.

– Informe 10/2011, de 6 de abril, sobre el Proyecto de Decreto sobre la aplicación del contrato de concesión de obra pública para la creación, modernización y mejora de regadíos.

– Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa a distintas cuestiones suscitadas en la preparación de los contratos por los poderes adjudicadores, en particular referentes a la califica-

ción del contrato, el fraccionamiento del objeto del contrato, la excepcionalidad del procedimiento negociado, la solvencia del contratista, los criterios de adjudicación y los gastos imputables al contratista.

– Informe 11/2011, de 4 de mayo, sobre el régimen jurídico de la delegación de competencias, en materia de contratación pública, del pleno de un Ayuntamiento a favor de otros órganos municipales y consecuencias de la resolución tardía de la adjudicación.

– Informe 12/2011, de 4 de mayo, respecto de la modificación de modelos tipo de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de los contratos de obras, suministros y servicios, a adjudicar por procedimiento abierto (único y varios criterios de adjudicación), procedimiento negociado sin publicidad y contrato de suministro mediante Acuerdo Marco del artículo 9.3.a) LCSP, a adjudicar por procedimiento abierto, varios criterios de adjudicación, por la Universidad de Zaragoza.

– Informe 13/2011, de 4 de mayo, respecto de 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).

– Informe 14/2011, de 12 de mayo, sobre la revisión de las Instrucciones de contratación de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión y sus sociedades participadas «Radio Autonómica de Aragón, SA» y «Televisión Autonómica de Aragón, SA».

– Informe 15/2011, de 8 de junio, respecto del ámbito de aplicación y regulación del «procedimiento simplificado» creado por la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón.

– Informe 16/2011, de 8 de junio, sobre cuestiones derivadas de la

participación de los Centros Especiales de Empleo en los contratos reservados.

– Recomendación 2/2011, de 8 de junio, relativa a la adaptación de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón para la adecuada licitación de los contratos reservados.

– Informe 17/2011, de 6 de julio, acerca de la modificación de un contrato de ejecución de obras financiado mediante permuta de terrenos.

– Informe 18/2011, de 6 de julio, sobre las consecuencias de que el licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, no cumplimente adecuadamente y en plazo el requerimiento al que se refiere el artículo 135.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y actuaciones que debe seguir el órgano de contratación si el licitador propuesto como adjudicatario incurre en una prohibición de contratar sobrevenida.

– Informe 19/2011, de 6 de julio, sobre la calificación jurídica de un contrato administrativo para la instalación de televisiones en las habitaciones de centros hospitalarios.

– Informe 20/2011, de 12 de septiembre, sobre el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato. Requisitos para proceder a su resolución.

– Informe 21/2011, de 12 de septiembre, respecto de la naturaleza jurídica de la relación entre las juntas de compensación y la administración municipal, en atención a Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón.

– Informe 22/2011, de 12 de septiembre, sobre los nuevos modelos tipo de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte), 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 servicios de transporte escolar (procedimiento abierto, negociado con y sin publicidad), servicios de comedor y vigilancia y atención al alumnado en período intersecciones (procedimiento abierto y negociado sin publicidad), y contratos privados de patrocinio publicitario

(procedimiento negociado sin publicidad) y privado de creación artística, literaria y de espectáculos a adjudicar por procedimiento negociado sin publicidad».

– Informe 23/2011, de 12 de septiembre, sobre cuestiones derivadas del nuevo régimen de modificación de los contratos públicos introducido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

– Informe 24/2011, de 12 de septiembre, sobre prohibiciones de contratar aplicables a las personas jurídicas en cuyo capital social participen miembros de una Corporación Municipal, sus cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva o sus descendientes.

– Informe 25/2011, de 23 de noviembre, respecto de la admisión de una proposición en el supuesto de que el tipo aplicado del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) difiera del señalado en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y si debe de tenerse en cuenta el importe del IVA en la valoración del precio como criterio de adjudicación.

– Informe 26/2011, de 23 de noviembre, sobre actos dictados por los órganos de contratación. Posibilidad de interpretar que todos ellos agotan vía administrativa.

– Informe 27/2011, de 23 de noviembre, sobre la posibilidad de modificados de contratos si no se han previsto en el pliego.

– Informe 28/2011, de 23 de noviembre, sobre el Proyecto de Decreto del Gobierno de Aragón por el que se regula la Comisión de Comunicación Institucional.

4. JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS

Según dispone el artículo 36 del Decreto 12/2004, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Economía y Hacienda, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa es el órgano colegiado consultivo en materia de contratación administrativa de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias y sus Organismos Autónomos y demás entes sujetos al Derecho Público dependientes de la Administración autonómica.

La Junta Consultiva emite sus informes sobre las cuestiones que, en materia de interpretación de normas de contratación pública, le sometan los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma, sus Organismos Autónomos y demás entes sujetos al Derecho

público, así como los representantes de las organizaciones empresariales o profesionales de Canarias representativos de la actividad específica de la contratación administrativa.

Relación cronológica de los informes emitidos por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias durante el año 2011

– **Informe 1/2011**, de 9 de junio, sobre el alcance de los límites establecidos en la Ley de Contratos del Sector Público **para la utilización de los contratos menores**.

– **Informe 2/2011**, de 9 de junio, sobre la **forma en que debe aplicarse el límite de un año** desde la adjudicación del contrato, como requisito **para la aplicación de la revisión de precios** en los contratos de obra.

– **Informe 3/2011**, de 24 de noviembre, sobre la **devolución de la garantía definitiva** constituida en un contrato de **concesión de obra pública**, una vez concluidas las obras y antes de que transcurra el plazo otorgado para su explotación.

– **Informe 4/2011**, de 24 de noviembre, sobre diversas cuestiones relativas a las **variaciones de medición en un contrato de obras, en relación con la vigente normativa** en materia de **modificación de contratos**.

5. JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE CASTILLA Y LEÓN

El Decreto 74/1990, de 17 de mayo, creó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Castilla y León, regulada actualmente por el Decreto 33/2006, de 11 de mayo, que aprueba el régimen orgánico y funcional de esta Junta. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Castilla y León, adscrita orgánicamente a la Consejería competente en materia de Hacienda, y funcionalmente al órgano directivo central competente en materia de contratación administrativa, es el órgano consultivo y asesor de la Administración de la Comunidad de Castilla y León en materia de contratación administrativa.

6. JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña fue creada mediante el Decreto 192/1981, de 9 de julio,

y se adscribió al Departamento de Economía y Finanzas. Se configuró como el órgano consultivo específico en materia de contratación de la Administración de la Generalidad, de sus entidades autónomas y de las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de la Administración de la Generalidad.

Con posterioridad Orden ECO/11/2011, de 24 de enero, de adaptación de la composición de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña a la nueva denominación, organización y ámbitos competenciales de los departamentos de la Administración de la Generalidad de Cataluña.

Relación cronológica de los informes y recomendaciones emitidos por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña durante el año 2011

– Informe 1/2011, de 14 de abril, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, respecto de la forma de presentación de las proposiciones e intervención de la mesa de contratación en procedimientos negociados en los cuales se establezcan criterios de adjudicación la cuantificación de los cuales dependan de un juicio de valor y criterios evaluables de forma automática; y forma de presentación de las proposiciones en procedimientos para la adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones públicas.

– Informe 2/2011, de 14 de abril, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, sobre la repercusión en el precio de los contratos del aumento de los costes salariales del personal de la empresa adjudicataria.

– Informe 3/2011, de 14 de abril, de la Comisión Permanente de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, sobre la posibilidad de pagar el precio de un contrato que tiene por objeto la realización de obras de urbanización, una parte en dinero y la otra en terrenos, en el caso en que la ejecución del planeamiento urbanístico se efectúe por el sistema de reparcelación en la modalidad de cooperación.

– Informe 4/2011, de 14 de abril, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, acerca de la modificación de un contrato de gestión de servicios públicos para introducir nuevas prestaciones. Aplicación del ar-

título 156.a de la LCSP para adjudicar un contrato por el procedimiento negociado sin publicidad.

– Informe 5/2011, de 14 de abril, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, sobre la solvencia mínima a requerir a las empresas como requisito de aptitud para formar parte de los acuerdos marco.

– Informe 6/2011, de 5 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, respecto del establecimiento de la experiencia y del hecho de tener una delegación en el lugar de ejecución del contrato como requisito de solvencia, como criterio de adjudicación o como condición de ejecución de los contratos.

– Informe 7/2011, de 5 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, sobre la aplicabilidad de la extensión de las prohibiciones de contratar prevista en el artículo 49.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.

– Recomendación 1/2011, de 5 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, sobre la inclusión de cláusulas sobre el arbitraje de consumo en el ámbito de los contratos del sector público.

– Informe 8/2011, de 27 de octubre, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, sobre la posibilidad de considerar como incumplimiento contractual la falta de pago del precio pactado a subcontratistas y a suministradores por parte del contratista principal, a efectos de poder retener la garantía definitiva prestada por el contratista principal.

– Informe 9/2011, de 27 de octubre, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, acerca de la posible concurrencia de una causa de prohibición de contratar de una fundación por el hecho de estar presidida por cargos electivos de entidades locales, o que éstos formen parte del órgano de administración de la fundación, en representación de la entidad local correspondiente.

– Informe 10/2011, de 27 de octubre, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, sobre la posibilidad que el Consorcio de Salud y de Atención Social de Cataluña actúe como órgano centralizado de contratación

y determinación de qué entes del sector público pueden actuar como órganos centralizados de contratación.

– Instrucción 1/2011, de 27 de octubre, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, acerca de los contratos del sector público con las empresas de trabajo temporal.

– Instrucción 2/2011, de 27 de octubre, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, respecto de la comprobación del cumplimiento de las obligaciones de afiliación y alta en la Seguridad Social de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas.

– Informe 11/2011, de 16 de diciembre, del Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, respecto del Proyecto de Orden por la que se modifica la Orden ECF/313/2008, de 23 de junio, por la que se aprueba la aplicación de la Plataforma de servicios de contratación pública, y se incorpora el servicio de sobre digital.

7. JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA

Por Decreto 237/2007, de 5 de diciembre, se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Galicia. Este órgano –adscrito a la Consellería de Economía y Hacienda– se configura como un órgano consultivo, con funciones asesoras y de tutela de la legislación vigente, a la vez que constituye un instrumento útil para la elaboración de proyectos de disposiciones legales, la adopción de las medidas necesarias para la adecuada coordinación de la contratación y la normalización de los instrumentos contractuales en la Comunidad Autónoma Gallega. Comprenderá dentro de su ámbito de actuación a la Administración autonómica, a sus organismos autónomos, sociedades públicas, fundaciones del sector público autonómico y demás entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la Comunidad Autónoma de Galicia, así como a las entidades locales gallegas, a las universidades públicas radicadas en su territorio y a las organizaciones empresariales más representativas de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa.

8. JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ISLAS BALEARES

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comuni-

dad Autónoma de las Islas Baleares, adscrita a la Dirección General de Patrimonio de la Consejería de Presidencia, se creó por parte del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, como órgano consultivo y asesor en materia de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, de sus Entidades Autónomas y de las Entidades de derecho público de ella dependientes que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la normativa contractual.

Relación cronológica de los informes emitidos por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares durante el año 2011

– Informe 1/2011, de 18 de abril, del Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, respecto del Proyecto de Decreto por el que se establecen los criterios y principios generales para la concertación de servicios en el ámbito público de servicios sociales.

– Informe 2/2011, de 28 de julio, sobre el ámbito de aplicación objetivo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, respecto de los ensayos clínicos.

– Informe 3/2011, de 30 de septiembre, acerca del expediente de los encargos de gestión.

– Informe 4/2011, de 30 de septiembre, sobre los encargos de gestión y la imposibilidad de participar en las licitaciones públicas que se derivan de la consideración de medio propio.

– Informe 5/2011, de 28 de octubre, acerca del incumplimiento, por parte del licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, del plazo para presentar la documentación a que se refiere el artículo 135.2 de la LCSP. Eficacia de la resolución del recurso especial en materia de contratación que prevé esta Ley mientras una Comunidad Autónoma no regule el órgano competente para resolver este recurso.

9. JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

El Decreto 106/1993, de 4 de noviembre, creó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid y aprobó su Reglamento de Régimen Orgánico y Funcional, con el carácter de órgano consultivo en materia de contratación administrativa de la Comunidad de Madrid y su Administración Institucional.

El Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, actualiza el

régimen orgánico y funcional de la Junta, y su artículo 37 establece que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, adscrita a la Dirección General de Patrimonio de la Consejería de Hacienda, es el órgano consultivo de la Comunidad de Madrid en materia de contratación pública, de sus Organismos Autónomos, Empresas públicas con forma de sociedad mercantil o Entidad de Derecho público y demás Entes públicos.

Relación cronológica de los informes y recomendaciones emitidos por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Madrid durante el año 2011

– Recomendación 1/2011, de 10 de marzo, sobre la publicidad de la adjudicación y formalización de los contratos.

– Informe 1/2011, de 10 de marzo, sobre el proyecto de orden de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se modifican los documentos que figuran como Anexos V a XVI del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 30 de abril, para su adaptación a la nueva normativa de contratación pública.

– Recomendación 2/2011, de 12 de julio, sobre el importe del contrato en los documentos de adjudicación y formalización.

– Informe 2/2011, de 29 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, sobre la actualización de las declaraciones responsables incluidas en los certificados expedidos por el registro de licitadores de la Comunidad de Madrid. Declaración responsable de no estar incurso en prohibición de contratar.

– Informe 3/2011, de 29 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, sobre igualdad de proposiciones.

– Informe 4/2011, de 29 de septiembre, sobre rechazo de oferta admitida.

– Informe 5/2011, de 16 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, sobre la admisión o rechazo de proposición con importe cero.

10. JUNTA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE NAVARRA

La Disposición adicional cuarta de la Ley Foral 13/1986, de 14 de

noviembre, de Contratos de la Administración de la Comunidad Foral, disponía que el Gobierno de Navarra constituirá una Junta de Contratación Administrativa, que tendría el carácter de órgano consultivo y asesor de la Administración de la Comunidad Foral en materia de contratación administrativa. Esta Junta de Contratación Administrativa fue creada en virtud del Decreto Foral de 132/1988, de 4 de mayo.

La Junta de Contratación Pública es una de las previsiones de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (artículo 208), como órgano consultivo, asesor y de resolución en materia de contratación pública de las entidades sometidas a esta Ley Foral. Su composición, organización y funciones se regulan por el Decreto 236/2007, de 5 de noviembre, que regula la Junta de Contratación Pública, los procedimientos y registros a su cargo.

11. JUNTA SUPERIOR DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA GENERALITAT VALENCIANA

Por Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, se creó la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, adscrita a la Consellería de Economía, Hacienda y Empleo, como órgano consultivo y asesor, en el ámbito de sus competencias, en materia de contratación de la Generalitat Valenciana y las entidades autónomas y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la misma que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Relación cronológica de los informes emitidos por la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana durante el año 2011

– Informe 1/2011, de 16 de mayo, sobre el contrato de concesión de servicio público. Contrato de concesión de obra pública. Diferencias. Licitación en un mismo expediente de ambos contratos. Posible inclusión en los pliegos de prestaciones no relacionadas directamente con el objeto del contrato. Vulneración de los principios básicos de la contratación pública.

– Informe 2/2011, de 14 de junio, acerca de la renuncia a la adjudicación de un contrato ofertado. Responsabilidad de la administración contratante.

– Informe 3/2011, de 16 de mayo, sobre la suspensión de la tramitación del expediente de contratación por interposición de recurso especial contra la adjudicación provisional. Interpretación de la Disposición

transitoria tercera apartado segundo de la Ley 34/2010, de 5 de agosto de 2010.

– Informe 4/2011, de 22 de noviembre, sobre la inexistencia de un contrato de gestión de servicio público. Contratos con una pluralidad de objeto. Contratos mixtos. Desistimiento del procedimiento.

– Informe 5/2011, de 22 de noviembre, respecto de la fórmula de revisión de precios en contratos de servicios. Improcedencia de aplicación de las fórmulas de revisión de precios para los contratos de obras. Consecuencias.

– Informe 6/2011, de 22 de noviembre, acerca de cuestiones que no son objeto de esta Junta. Prerrogativa del órgano de contratación de interpretar los contratos. Incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales del contrato.

– Informe 7/2011, de 22 de noviembre, sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados y su aplicación al procedimiento negociado. Justificaciones del licitador incurso. Condiciones excepcionalmente favorables para ejecutar la prestación.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN GÓMEZ, A. I., «Medidas adoptadas por las Comunidades Autónomas en materia de contratos públicos», en la obra colectiva *Observatorio de contratos públicos 2010*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 125-141.

BERMEJO VERA, J., Voz «Prohibiciones de contratar», en el *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 537-552.

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 sobre el Derecho de los contratos del Sector Público, 2008, pp. 211-252.

– «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*, nº 100, septiembre 2010.

– «Un paso en falso en la interpretación del criterio del control aná-

logo al de los propios servicios en las relaciones *in house*», *REDA*, n° 137, enero-marzo 2008, pp. 115-138.

– «Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos», en la obra colectiva *Observatorio de contratos públicos 2010*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 143-208.

BLÁZQUEZ LIDOY, A., «¿Debe incluirse el IVA en la selección de la mejor oferta en la contratación pública? El problema de los licitadores exentos de IVA frente a los gravados en la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista de Contabilidad y Tributación CEF*, n° 319, octubre 2009, pp. 81-104.

CHINCHILLA MARÍN, C., «La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas», en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 33-79

COLÁS TENA, J., «La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de economía sostenible: el régimen de modificación de los contratos del sector público», *REDA*, n° 153, enero-marzo 2012, pp. 253-276.

GALLEGO CÓRCOLES, I., «Cláusulas sociales, contratación pública y jurisprudencia del TJUE», *Contratación Administrativa Práctica*, n° 133, noviembre 2011, pp. 64-69.

– «Comentario a la Ley 34/2010, de 5 de agosto», que aparece publicado como adenda en la obra colectiva *Contratación del sector público local*, 2ª ed., La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2010, pp. XIX a LXXIII.

– «La contratación local ante las sucesivas reformas de la Ley de Contratos del Sector Público», *Anuario de Derecho Municipal 2010*, Madrid, 2011, pp. 133-166.

– «Contratos públicos y régimen cualificado de invalidez: supuestos especiales y cuestión de nulidad», en la obra colectiva *Observatorio de contratos públicos 2010*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 259-318.

GIMENO FELIÚ, J. M^a., *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.

– «El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos»,

en la obra colectiva *Observatorio de contratos públicos 2010*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 211-258.

– «El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio», *REDA*, nº 149, enero-marzo 2011, pp. 29-54.

– *Las reformas legales de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. Alcance y efectos prácticos*, Civitas-Colección Cátedra Derecho Local de Aragón, Cizur Menor (Navarra), 2011.

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., *El contratista de la Administración Pública*, Marcial Pons-Cámara de Cuentas de Andalucía, Madrid, 2000.

LOZANO CUTANDA, B., y SORIANO GARCÍA, J. E., «Guía de la Comisión Nacional de la Competencia sobre contratación Pública y competencia», *Contratación Administrativa Práctica*, nº 108, mayo 2011.

MEDINA ARNÁIZ, T., «Comprando para asegurar nuestro futuro: La utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 43-101.

– «Las principales novedades en la normativa contractual del sector público», en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Economía Sostenible*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 119-163.

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

– «La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *REDA*, nº 153, enero-marzo 2012, pp. 213-240.

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

– «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*, nº 25, octubre 2010, pp. 1-29.

– *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010.

– «Las últimas reformas legislativas en materia de contratos públicos y el futuro próximo. Crónica de una avalancha normativa», en la

obra colectiva *Observatorio de contratos públicos 2010*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 105-124.

– «El nuevo Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público», *Contratación Administrativa Práctica*, nº 115, enero 2012, pp. 3-24.

PADRÓS I CASTILLÓN, X., «Las Juntas Consultivas de contratación administrativa autonómicas: organización y funciones», en la obra colectiva coordinada por GIMENO FELIÚ, J. M^a., *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 171-186.

PERNÁS GARCÍA, J. J., *Contratación pública verde*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.

– *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*, Iustel, Madrid, 2008.

RUIZ DE CASTAÑEDA Y DE LA LLAVE, A., «La nomenclatura CPV en la contratación», en la obra colectiva *Administración Local. Estudios en homenaje a Ángel Ballesteros*, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Las Rozas (Madrid) 2011, pp. 197-204.

SANTÍAS VIADA, J. A., «La Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Clasificación de las empresas. El Registro Oficial de empresas clasificadas y el Registro Público de Contratos», en la obra colectiva *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*, 2^a ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 199-239.

– Voz «Junta Consultiva de Contratación Administrativa», en la obra colectiva *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 379-384.

SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M., «¿Pueden los contratos quedar en casa?. La polémica europea sobre la contratación in house», *Diario La Ley*, nº 6715, 17 de mayo 2007, pp. 1669-1680.

VÁZQUEZ MATILLA, F. J., «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», *REDA*, nº 143, julio-septiembre 2009.

Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2011

MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES EN 2011. II. NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y DE LOS ÓRGANOS COMPETENTES PARA SU RESOLUCIÓN EN 2011. III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA ACTIVIDAD DE LOS ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES EN 2011. IV. ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE LA ACTIVIDAD DE LOS ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES EN 2011. 1. Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC). 2. Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA). 3. Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TCPCM). 4. Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (TARCA). V. LA DOCTRINA DE LOS ÓRGANOS DE RECURSO. ASPECTOS PROCESALES O DE FORMA DEL RECURSO. 1. *La calificación del escrito de recurso*. 2. *Competencia del órgano encargado de resolver el recurso*. 3. *Contratos susceptibles de recurso*. 3.1. *Calificación del contrato*. 3.2. *Contratos de gestión de servicios públicos*. 3.2.1. *Primer requisito: gastos de primer establecimiento*. 3.2.2. *Segundo requisito: plazo de duración del contrato*. 3.3. *Contratos de naturaleza privada*. 3.4. *Contratos no susceptibles de recurso*. 3.4.1. *Contratos que no superan los umbrales establecidos para que pueda plantearse recurso especial*. 3.4.2. *Contratos de servicios excluidos del ámbito de aplicación de la LCSE*. 3.4.3. *Contratos administrativos especiales*. 3.4.4. *Contratos que no tengan por objeto la realización de obras, servicios o suministros*. 4. *Actos susceptibles de recurso*. 4.1. *Actos no recurribles*. 4.2. *Actos recurribles*. 5. *Legitimación para recurrir*. 5.1. *Personas jurídicas*. 5.2. *Representantes de trabajadores*. 5.3. *Miembros de Uniones Temporales de Empresas por separado*. 5.4. *Usuarios de los servicios públicos que constituyen el objeto del contrato adjudicado*. 6. *Plazo de presentación del recurso*. 6.1. *El «dies a quo» para recurrir: «...desde el día siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado»*. 6.2. *Recurso contra Pliegos que se dan a conocer mediante su publicación electrónica*. 6.3. *Recurso contra la exclusión del licitador*. 7. *Anuncio previo de la interposición del recurso*

al órgano de contratación. 8. Lugar de presentación del recurso. 9. Contenido del escrito de recurso y documentación que debe acompañarse al mismo. 9.1. Poder de representación. 9.2. Escritos ampliatorios de un recurso presentado. 9.3. Lengua del procedimiento. 10. Audiencia a los interesados. 11. La terminación del procedimiento. 11.1. Desistimiento del recurso. 11.2. Allanamiento de la parte recurrida. 11.3. La desaparición del objeto del recurso en el momento de la resolución. 12. Multas por temeridad o mala fe en la interposición del recurso. 13. Efectos de la resolución. Recursos procedentes contra la resolución de un recurso especial. VI. LA DOCTRINA DE LOS ÓRGANOS DE RECURSO. ASPECTOS MATERIALES O DE FONDO DEL RECURSO. 1. Los Pliegos que han de regir la adjudicación y ejecución del contrato. 1.1. Aptitud para contratar. Personalidad jurídica y capacidad para contratar. 1.1.1. Capacidad de obrar de las Uniones Temporales de Empresarios. 1.1.2. Capacidad de varios licitadores que concurren con el compromiso de constituir una sociedad futura. 1.2. Requisitos de solvencia. 1.2.1. Incompatibilidad del requisito de la clasificación con la exigencia adicional de requisitos de solvencia. 1.2.2. Medios de acreditación de solvencia y niveles mínimos exigidos para la ejecución del contrato. 1.2.3. Objetividad de los criterios de solvencia. 1.2.4. Proporcionalidad de los requisitos de solvencia. 1.3. Los criterios de adjudicación. 1.3.1. La forma de valorar los criterios de adjudicación. 1.3.2. Orden en que han de valorarse los criterios de adjudicación. 1.3.3. La comunicación previa del resultado de la valoración de los criterios no cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. 1.3.4. Criterios de adjudicación inadmisibles. 2. Las Resoluciones de adjudicación. En especial, la cuestión de su motivación. 3. Otras cuestiones de interés. 3.1. El procedimiento negociado. 3.2. Extensión del carácter excepcional que presenta la redacción de proyecto y ejecución de obra prevista para los contratos de obra a otros contratos. 3.3. Subrogación de trabajadores. 3.4. Solicitud de aclaración de ofertas por los órganos de contratación. 3.5. Secreto de las proposiciones. 3.6. Acuerdos marco restrictivos de la competencia.

El presente capítulo, titulado «Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales», tiene por objeto reseñar la actividad que durante el año 2011 han desarrollado los órganos creados para la resolución del recurso especial en materia de contratación pública, regulado ahora en los artículos 40 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

La novedad del recurso y de su regulación nos han inclinado, en esta primera edición del «Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales», a centrar nuestro análisis en las cuestiones formales, las que afectan a la tramitación procesal del recurso. Sin ánimo de exhaustividad, el estudio repasa diferentes cuestiones que plantea la

puesta en práctica del recurso, tales como las actuaciones recurribles, la legitimación para recurrir, el cómputo de los plazos y el lugar de presentación de los recursos, el contenido de los escritos de recurso o las posibilidades de actuación frente a la Resolución de los órganos de recursos contractuales. Aun habiendo centrado nuestro estudio en estos aspectos procesales, nos ha resultado imposible prescindir de la reseña de algunas Resoluciones que abordan cuestiones «de fondo» o sustantivas, aunque por motivos de espacio no hemos podido abordarlas con la misma exhaustividad.

El estudio incluye también una reseña de las novedades introducidas en la regulación del recurso especial en materia de contratación, recurso que ocupa la mayor parte de la actividad de los órganos creados.

I. PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES EN 2011

Una de las principales novedades que incorporó la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, fue la previsión de un sistema especial de recursos en materia de contratación pública. La especialidad de dicho recurso, de naturaleza administrativa, derivaba de la rapidez con la que debía resolverse, en días, y su eficacia, por el efecto suspensivo que su interposición provocaba en la tramitación del expediente, en tanto no se resolviese el recurso. La falta de rapidez del recurso, además de un eficaz sistema de medidas provisionales, era precisamente lo que reprochaba el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 3 de abril de 2008 (anterior a la entrada en vigor de la LCSP) respecto del sistema de recursos administrativos ordinarios que se aplicaba durante la vigencia del Real Decreto Legislativo 2/2000, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Pero la gran novedad en el sistema de recursos en materia de contratos públicos no llegaría hasta la reforma operada en la LCSP con ocasión de la Ley 34/2010: la independencia del órgano al que se atribuía la competencia para conocer del recurso especial. Inicialmente, dicha competencia recayó sobre los propios órganos de contratación (que en la mayor parte de las ocasiones habían dictado previamente el acto recurrido), pero con la Ley 34/2010 nacía el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de carácter independiente, y se habilitaba la posibilidad de creación órganos para la resolución de recursos

contractuales, de naturaleza similar al Central, en el ámbito de las Cortes Generales y de las Comunidades Autónomas.

De esta manera, por Resolución de 18 de enero de 2011, del Letrado Mayor de las Cortes Generales, por la que se publica la de 21 de diciembre de 2010, de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado (BOE de 25 de enero de 2011), se creó el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales como órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación cuando éste se interponga contra actos referidos a los contratos que pretendan concertar el Congreso de los Diputados, el Senado, las Cortes Generales, la Junta Electoral Central y el Defensor del Pueblo²⁵⁸.

En el ámbito de las Comunidades Autónomas, la existencia de órganos independientes para la resolución de recursos en materia de contratación contaba con dos antecedentes. Islas Baleares fue pionera al establecer un recurso, de carácter potestativo, residenciando la competencia para resolverlo en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (artículo 66 de la Ley 3/2003 de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears). Tres años después, la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos de Navarra, incluyó también en su artículo 210 una reclamación en materia de contratación pública que los interesados pueden interponer ante la Junta de Contratación Pública.

Las Comunidades más avanzadas en materia de órganos de recursos de contratación pública no sólo han creado estos órganos, sino que además los han constituido y ya han comenzado a resolver recursos. Son los casos de Madrid (artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público), País Vasco (Disposición Adicional Octava de la ley 5/2010, de 30 de diciembre, de Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de País Vasco para el ejercicio 2011), Aragón (artículo 17 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón), Andalucía (Decreto 332/2011, de 2 de noviembre), y ya en 2012, Castilla y León (arts. 58 a 64 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras de Castilla y León) y Cataluña²⁵⁹.

258. Idéntica solución ha seguido el Parlamento de Cataluña, que por Acuerdo de la Mesa de 1 de marzo de 2011 (DOGC de 28 de marzo de 2011), creó el Tribunal de Recursos Contractuales del Parlamento de Cataluña.

259. Un análisis más completo de los aspectos orgánicos del recurso especial en materia de contratación pública en las Comunidades Autónomas puede verse en mi trabajo publicado con ese mismo título en *Cuadernos de Derecho Local* n° 26, Septiembre de 2011, pp. 7 a 26.

Cataluña (mediante la Disposición Adicional cuarta de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, financieras y administrativas), y Cantabria (Disposición Adicional primera de la Ley de Cantabria 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) autorizaron, antes incluso de aprobarse la Ley 34/2010, la creación de un órgano colegiado independiente para el conocimiento y la resolución de los recursos especiales en materia de contratación. Sin embargo, Cantabria no ha creado dicho órgano, y Cataluña, a pesar de haberlo creado (Disposición Adicional Cuarta de la Ley 7/2011, de 27 de julio, de medidas fiscales y financieras), no ha logrado ponerlo en funcionamiento en 2011²⁶⁰. Con posterioridad a la Ley 34/2010, Galicia (artículo 38 de la Ley 15/2010, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas) autorizó la creación de un órgano para la resolución de recursos en materia de contratación sin que se haya creado en 2011.

Una «segunda vía», alternativa al sistema transitorio previsto en la Ley 34/2010 y a la creación de órganos autonómico de recurso consistiría en atribuir la competencia para la resolución de los recursos al Tribunal Administrativo Central (art. 41.3.TRLCSP). Para ello, la correspondiente Comunidad Autónoma y la Administración General del Estado deben suscribir un convenio en el que se estipulen las condiciones en

260. El 21 de octubre se publicaba en el DOGC la Resolución PRE/2432/2011, de 14 de octubre, convocando por el sistema de libre designación un puesto de trabajo de titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña en la Oficina de Supervisión y Evaluación de la contratación Pública del Departamento de la Presidencia. Por motivos sobrevenidos de reorganización interna de la unidad donde estaba adscrito este puesto de trabajo, y como consecuencia de la necesaria reconsideración del contenido material de la convocatoria, no circunscrita a lo previsto en el artículo 74.2 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, mediante Resolución PRE/2532/2011, de 24 de octubre, se decidió dejar sin efectos la convocatoria. No obstante, por Resolución PRE/579/2012, de 26 de marzo, se volvió a convocar la provisión, por el sistema de libre designación, del puesto de director o directora el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, adscrito al Departamento de la Presidencia (DOGC de 2 de abril de 2012).

Por Resolución del titular del Departamento de Presidencia de la Generalitat de Cataluña núm. PRE/1014/2012, de 31 de mayo, se resuelve la convocatoria para la provisión, por el sistema de libre designación, del puesto de Director del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña. El nombramiento ha recaído en D. Juan Antonio Gallo Sallent. El órgano ha comenzado a desarrollar su actividad a partir del 1 de junio de 2012.

que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias. No obstante, esta opción permanece inédita hasta el momento.

Para las Comunidades Autónomas que no han creado sus órganos de recurso, la Disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010 estableció un régimen transitorio especial. En estos casos, la competencia para la resolución de los recursos se encomienda a los mismos órganos que la tuvieran atribuida con anterioridad (a la Ley 34/2010). Esto es, sobrevive «el espíritu» del artículo 37.4 LCSP –en su redacción original– para mantener la competencia del órgano de contratación para resolver el recurso (cuando se trate de contratos de una Administración Pública), o del 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). Ahora bien, en tales supuestos, el procedimiento de tramitación de los recursos se acomodará a lo dispuesto en los artículos 42 a 48 TRLCSP, o, en su caso, en los artículos 103 a 108 LCSE, y además, 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. Sobre esta última cuestión hemos de traer a colación la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado sobre la interpretación del régimen contenido dentro de la disposición transitoria séptima, norma d) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (antes Disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010) publicada en el BOE de 10 de abril de 2012. Esta Recomendación la justifica un requerimiento de los Servicios de la Comisión Europea (Dirección General de Mercado Interior y Servicios) y viene a recordar que ante la inexistencia de órgano independiente en una Comunidad Autónoma o de convenio atribuyendo el conocimiento del recurso especial al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, los recursos contra los actos de adjudicación que se plantean ante los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa tienen carácter suspensivo de la celebración del contrato, hasta que dicha jurisdicción se haya pronunciado sobre el fondo o sobre las medidas provisionales. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa recomienda a los órganos de contratación del Sector Público que la interpretación que debe hacerse de la norma d) de la disposición transitoria séptima del TRLCSP se realice en los siguientes términos:

6. OBSERVATORIO DE LA ACTIVIDAD DE LOS ÓRGANOS DE RECURSOS...

«...1. El ámbito de aplicación territorial de este precepto es el de las Comunidades autónomas y las Entidades locales existentes dentro de aquéllas. La interpretación correcta de esta norma, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2007/66/CE, consiste en entender que la interposición del recurso previsto en esta disposición comporta la suspensión automática de la adjudicación cuando sea este acto el recurrido, que, en el caso de interposición del recurso contencioso-administrativo, se mantiene hasta que el órgano de la Jurisdicción contencioso-administrativa decida sobre la misma.

En el caso de que las Comunidades Autónomas no tuvieran establecido el órgano independiente que deben crear o no hayan suscrito convenio con el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, si los particulares interponen previamente recurso ante el órgano de contratación, su interposición comporta la suspensión automática de la adjudicación cuando sea este acto el recurrido. Los recursos contra los actos de adjudicación que se plantean ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa tiene carácter suspensivo de la celebración del contrato hasta que dicha jurisdicción se haya pronunciado sobre el fondo o sobre las medidas provisionales.

2. La interposición de recurso especial en materia de contratación comporta la suspensión automática de la adjudicación, y una vez resuelto el recurso la resolución del mismo no será ejecutiva hasta que sea firme por el transcurso del plazo de dos meses para la interposición del recurso contencioso-administrativo, o bien, en el caso de interposición de dicho recurso, hasta que el órgano de la Jurisdicción decida sobre la suspensión solicitada.

En su virtud, suspendida la eficacia del acto de adjudicación, y hasta tanto no se levante, no podrán ejecutarse los actos subsiguientes a la adjudicación, incluida la formalización del contrato. En este sentido el artículo 140 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, modificado por la Ley 34/2010, cuya redacción se ha incorporado al artículo 156 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público establece unos plazos para la formalización de contrato teniendo en cuenta la posibilidad de la suspensión del contrato, de forma que si la adjudicación resulta suspendida, no resulta posible requerir al adjudicatario para la formalización del contrato».

Por su parte, en el ámbito de las Corporaciones Locales, la competencia para resolver los recursos deben establecerla las normas de las Comunidades Autónomas, cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación. Lo ordinario ha venido siendo que los órganos autonómicos creados asuman la competencia para resolver los recursos en materia de contratación y cuestiones de nulidad interpuestos contra actos de las Corporaciones Locales que tengan su sede en su territorio. Así sucede en Aragón, Madrid, Cataluña y Castilla y León, y esa es, además, la regla a seguir en el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, según se desprende del artículo 41.4 TRLCSP. Algunas especialidades frente a esa regla general se presentan en el País Vasco y en Andalucía. En el País Vasco, si bien el ámbito en el que el Órgano

Administrativo de Recursos Contractuales ejercerá su función comprende a las Administraciones locales integradas en el territorio de dicha Comunidad, existen dos excepciones. La primera, la de aquellos municipios de más de 50.000 habitantes que hayan creado su propio órgano competente para la resolución de los recursos de su ámbito local y sector público respectivo. Y la segunda los recursos planteados contra contratos de las Diputaciones Forales, que de conformidad con el art. 3.2.g TRLCSP (antes Disposición adicional trigésimo tercera de la LCSP) deben ajustar su contratación a las normas establecidas en dicha Ley para las Administraciones públicas, lo cual ha sido interpretado en este punto en el sentido con considerar necesaria la creación en el seno de las mismas de un órgano administrativo encargado de la resolución de recursos en materia de contratos públicos. Así, la provincia de Álava, mediante Decreto Foral 44/2010, de 28 de septiembre, aprobó la creación del Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales; la de Guipúzcoa, mediante Decreto Foral 24/2010, de 28 de septiembre, la creación y regulación del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales, y la de Vizcaya, mediante Decreto Foral 102/2010, de 29 de septiembre, la creación del Tribunal Administrativo foral de recursos contractuales. Por su parte, en Andalucía, según el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, «en el ámbito de las entidades locales andaluzas y de los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, la competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación, de la cuestión de nulidad y de las reclamaciones a que se refiere el artículo 1 de este Decreto corresponderá a los órganos propios, especializados e independientes que creen, que actuarán con plena independencia funcional conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, y en los términos establecidos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, y en la Ley 31/2007, de 30 de octubre (Cfr. art. 10.1). Acogiéndose a tal posibilidad, el Ayuntamiento de Granada ha aprobado el Reglamento de funcionamiento del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada (aprobación inicial BOP Granada de 20 de diciembre de 2011; aprobación definitiva BOP Granada de 17 de febrero de 2012)²⁶¹.

261. La lectura de este Reglamento, y en particular de las atribuciones que se encomiendan al Tribunal de Granada (art. 1), despierta algunas dudas sobre la adecuada configuración de dicho órgano. Y es que, junto a las clásicas atribuciones de estos órganos relativas a la resolución de recursos especiales, de cuestiones de nulidad y sobre las solicitudes de medidas cautelares, al Tribunal de Granada se atribuyen algunas otras, de carácter impropio, y sobre todo, desde nuestro punto

de vista, incompatibles con la naturaleza independiente de este tipo de órganos. Recordemos que, aun cuando sean creados por las Entidades Locales, éstos órganos deben tener un carácter especializado en materia de contratación pública y además, deben actuar con independencia (art. 2 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos público, modificada por la Directiva 2007/66/CE). Las dudas sobre la compatibilidad con la independencia del órgano se manifiestan en relación con las atribuciones del Tribunal de Granada relacionadas en las letras d, e, f y g (no d) del artículo 1 de su Reglamento, que se refieren a:

d) Elaboración y propuesta de modificación de las instrucciones de contratación de los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas.

Se trata ésta de una atribución impropia de los órganos de recurso en materia de contratación pública, pues presenta un carácter eminentemente consultivo, frente a la naturaleza jurisdiccional de las actuaciones de los órganos de recurso. Además, sorprende esta atribución por cuanto el ámbito material a que se refiere queda excluido del que sería propio de la actuación del Tribunal, ya que las instrucciones de contratación de los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administración pública a que se refiere el art. 191 del TRLCSP regulan la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada, y por tanto, contratos que, con carácter general, no son susceptibles de recurso especial. Decimos con carácter general porque sí que son susceptibles de recurso algunos contratos no sujetos a regulación armonizada, por ejemplo, determinados contratos de servicios y de gestión de servicios públicos (art. 40.1.b y .c TRLCSP). Respecto de éstos contratos, no sujetos a regulación armonizada pero sí susceptibles de recurso especial, entendemos que la participación del órgano de recurso en la elaboración de las instrucciones de contratación puede afectar a su independencia en el ejercicio de sus atribuciones de naturaleza jurisdiccional.

e) Emisión de informes y asesoramiento en materia de contratación, cuando sea requerido para ello por los órganos competentes del Ayuntamiento de Granada y antes del sector público municipal, todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 85.bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local, y disposición adicional segunda del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Se trata, de nuevo, de una atribución de carácter consultivo, impropia, por tanto, de los órganos de recurso. Cuesta creer el modo en que el Tribunal, respecto de esta función de emisión de informes y asesoramiento va a mantener posteriormente, en ejercicio de la función jurisdiccional, la debida independencia. Imagínese que en ejercicio de esta atribución el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada asesora a uno de los órganos de contratación del Ayuntamiento de Granada para determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa en un procedimiento de adjudicación. La interposición de un recurso especial en el marco de ese procedimiento inhabilitaría al Tribunal para su resolución, al contemplarse esa intervención previa en el procedimiento de adjudicación como causa de abstención en el procedimiento de recurso (art. 28.2.d de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común).

f) Formular propuesta de coordinación en materia de contratación entre el Ayuntamiento de Granada y los entes del sector público municipal, dirigidos a la gestión de los recursos de forma eficiente.

Lo cierto es que resulta bastante difícil desentrañar el concreto alcance y significado de esta atribución, circunstancia que agrava la aparente incoherencia que se aprecia

en sus términos, al referirse a «la propuesta de coordinación» (en singular), «dirigidos» (en plural) a la gestión eficiente de los recursos. En cualquier caso, parece que la facultad de organización del modo en que hayan de gestionarse los recursos para garantizar su eficiencia corresponde en exclusiva al propio Tribunal, sin que haya de elaborar propuesta alguna sujeta a posterior aprobación de otro órgano. En definitiva, una nueva manifestación de la independencia de los órganos de recurso que podría verse afectada con el ejercicio de esta atribución, según aparece ahora configurada.

g) Cualquier otra competencia que le atribuya la normativa de la Unión Europea o la normativa estatal básica.

Se trata ésta de una cláusula de cierre que, en realidad, no atribuye ninguna competencia al Tribunal, sino que reenvía a las que le atribuye la normativa europea o estatal a los órganos de recurso. Curiosamente no se hace referencia a las competencias que le pueda atribuir la normativa autonómica (andaluza), que es precisamente la que ha habilitado la posibilidad de creación de este Tribunal en el seno del Ayuntamiento de Granada.

Parece pues que la atribución de algunas funciones de carácter consultivo al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada pueden hacer que no se cumpla el requisito de independencia que debe inspirar la actuación de los órganos de recurso en materia de contratación pública. Así lo exige la Directiva 89/665/CEE, que se infringe en el caso de no respetarse esa independencia. Esta cuestión no resulta baladí, pues debe recordarse que, ante una hipotética sanción al Reino de España por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, la Disposición adicional primera de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, dispone la responsabilidad de aquellas Administraciones públicas que, debido al ejercicio de sus competencias, hayan dado lugar a esa sanción, que deberán asumir, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que se devenguen de tal incumplimiento.

Por otra parte, resulta ciertamente chocante que esas funciones consultivas que hemos analizado puedan ejercerse no sólo respecto del Ayuntamiento de Granada y los poderes adjudicadores vinculados al mismo, sino también respecto de otras Administraciones y Entidades públicas (no para poderes adjudicadores de naturaleza privada), superando la competencia del Tribunal de Granada el ámbito territorial del municipio en el que ha sido creado. En este sentido, el propio art. 1 del Reglamento señala en uno de sus últimos incisos que Las Corporaciones Locales y Provinciales, así como las Entidades de Derecho Público que así lo deseen podrán recabar de éste Tribunal la emisión de Informes, Dictámenes y Asesoramiento Especializado en la materia de contratos de las Administraciones Públicas, mediando solicitud de un representante de la entidad interesada, que habrá de ser aceptada por el tribunal en plazo máximo de tres días desde su recepción, y mediando el ingreso del precio público que, en su caso, esté estipulado para éstas funciones.

Una última cuestión llama la atención del Reglamento del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada, y se refiere a los contratos susceptibles de recurso ante dicho órgano. No sabemos si de forma voluntaria o no, pero el caso es que este ámbito no resulta del todo coincidente con el establecido en el art. 40.1 TRLCSP. En efecto, se aprecia una diferencia en relación con los recursos planteados respecto de contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II del TRLCSP, contratos que son susceptibles de recurso cuando su valor estimado resulte igual o superior a 200.000 euros (dice el art. 40.1 TRLCSP) o a 193.000 euros (según el art. 3.b del Reglamento de Funcionamiento del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada). Probablemente esta discrepan-

II. NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y DE LOS ÓRGANOS COMPETENTES PARA SU RESOLUCIÓN EN 2011

Ya hemos recordado que el sistema vigente de recursos en materia de contratación pública proviene de la Ley 34/2010²⁶². Sin embargo, con ocasión de algunas reformas de la LCSP, en 2011 se introdujeron algunas prescripciones nuevas en relación, tanto con el ámbito objetivo del recurso especial en materia de contratación como con el control de la actividad de los órganos competentes para la resolución de los recursos.

Con ocasión de la modificación de la Ley de contratos del sector público efectuada por la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, se incorporó una importante prescripción que viene a limitar las posibilidades de control vía recurso especial de las modificaciones de los contratos públicos cuyo novedoso régimen introdujo no hace tanto tiempo la Ley 2/2011, de Economía sostenible²⁶³. Nos referimos a la adición de un

cia se deba a la no actualización de la cuantía de 193.000 en el Proyecto de Reglamento, luego de haber sido modificada (y sustituida por la de 200.000 euros) la que aparecía en el art. 40.1 TRLCSP por la Orden EHA/3479/2011, de 19 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2012, como consecuencia de la aprobación del Reglamento (UE) número 1251/2011 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2011, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE, 2004/18/CE y 2009/81/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos. Este aspecto no supone en sí mismo ninguna ilegalidad. Lo único que significa es que la competencia del Tribunal de Granada se extiende en vía de recurso sobre contratos de valor estimado inferior al establecido en las Directivas de contratos para que resulten de aplicación, apartándose del criterio general seguido hasta ahora por el resto de Tribunales. Aunque, como señalábamos, parece que se trate más bien de una falta de actualización de los importes, debemos aplaudir esta iniciativa del Tribunal de Granada de ofrecer protección a los licitadores, incluso en contratos que se sitúen por debajo de los umbrales establecidos por la Directiva (aunque sólo sea por 7.000 euros).

Para terminar, entendemos que debería corregirse –se trata claramente de una errata– la referencia al órgano competente para conocer del recurso contencioso-administrativo que cabría plantear, en su caso, contra las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada (art. 9.2 del Reglamento). La competencia no puede atribuirse al «Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Granada» (sic.) sino de Andalucía.

262. Sobre su configuración jurídica, Vid. el reciente estudio de S. DÍEZ SASTRE «El recurso especial en materia de contratación pública» incluido en el Anuario de Derecho Municipal 2011, págs. 128-162.

263. Sobre el análisis del nuevo régimen de la modificación de contratos públicos nos remitimos al estudio de F. PUERTA SEGUIDO que se incluye en esta misma obra. Además, puede verse el avance que ya realizamos al reflexionar sobre diversas cuestio-

párrafo final al apartado 2 del artículo 310 LCSP (ahora art. 40 TRLCSP), de modo que, una vez determinados los trámites susceptibles de recurso especial en materia de contratación, se especifica:

«Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación».

Dicha «aclaración» no se encontraba en el Proyecto de Ley de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, sino que fue introducida en el texto al ser aprobada la enmienda nº 31, planteada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Socialista. Curiosa resulta, sin embargo, la justificación ofrecida para ello:

«La disposición adicional decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, ha introducido una serie de cambios en la modificación de los contratos del Sector Público que plantean la cuestión de quién debe conocer de los recursos que puedan plantearse contra los acuerdos adoptados en relación con ellos. Especialmente relevante es el caso en que la controversia jurídica se suscite en relación a si debe o no procederse a la convocatoria de nueva licitación.

En tales casos, podría entender algún interesado que la cuestión afecta a las materias sometidas al conocimiento del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales e interponer ante él el correspondiente recurso. Ante la ausencia de una disposición legal expresa sobre la cuestión debería ser el propio Tribunal quien sentara criterio, en primero instancia, sobre ello.

Esta simple circunstancia aconseja zanjar la cuestión legalmente, aprovechando la oportunidad que brinda la tramitación del proyecto ley de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y la Seguridad para hacerlo...

La enmienda se plantea en sentido negativo, es decir, declarando que tales recursos no son de la competencia del Tribunal, por considerar que de esta forma se evita introducir nuevos trámites que puedan retardar la tramitación de los modificados».

La decisión adoptada por el legislador no deja de sorprender por varios motivos. En primer lugar, porque la jurisprudencia europea ha señalado que una modificación ilegal equivaldría a una «nueva adjudici-

nes en torno a la fase de ejecución de los contratos públicos en el *Observatorio de contratos públicos 2010*, pp. 174-194, y más recientemente, J. M. GIMENO FELIU, «Régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio», REDA, núm. 149, 2011, y J. COLÁS TENAS, «La reforma de la legislación de contratos del sector público en la ley de economía sostenible: El régimen de modificación de los contratos del sector público», en REDA 153, pp. 253-276.

cación»²⁶⁴ (Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 junio 2008, As. C 454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, Cfr. apdo 34), y por tanto, esa «nueva adjudicación» debería poder ser objeto de recurso especial, puesto que, conforme al art. 40.2.c TRLCSP (antes art. 310.2.c LCSP), pueden ser objeto del recurso «los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores».

En segundo lugar, resulta un tanto extraña la solución adoptada por el legislador habida cuenta del razonamiento seguido para su justificación. Planteada la cuestión de la competencia para conocer de los recursos que puedan plantearse contra los acuerdos adoptados en relación con la modificación de los contratos públicos, parece una solución lógica remitir la cuestión al órgano competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación (el Tribunal Administrativo Central, u otro, porque recordemos que el Tribunal Administrativo Central no es el único órgano que conoce de estos recursos) para que sienta criterio sobre su competencia para conocer del asunto. En cambio, en lugar de eso se decide «zanjar legalmente la cuestión», excluyendo la posibilidad de modificación. Curiosa resulta esta solución cuando no el Tribunal Administrativo Central pero sí el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón ya se pronunció al señalar en su guía de procedimiento para la tramitación del recurso especial en materia de contratación que «...Son impugnables... los actos de trámite siempre que 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... En particular, a título de ejemplo, 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–...*»²⁶⁵. Además, la reciente modificación de la normativa autonómica aragonesa sobre contratos públicos (Ley 3/2011, de medidas en materia de contratos del

264. Esta consideración ha sido también recogida en la Propuesta de Directiva relativa a la contratación pública publicada el 20 de diciembre de 2011, que pretende sustituir a la actual Directiva 2004/18. La propuesta de Directiva regula, por primera vez, la fase de ejecución de los contratos públicos, y en su art. 72, dedicado a la «Modificación de los contratos durante su vigencia», se advierte en su apartado 1 que «Una modificación sustancial de las disposiciones de un contrato público durante su período de vigencia se considerará una nueva adjudicación a efectos de la presente Directiva y requerirá un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con ella».

265. La guía está disponible en la web del Tribunal aragonés: http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/Tribunal_admvo_contratos/Guia_procedimiento_recurso_especial_TRLCSP.pdf

sector público de Aragón, modificada por el art. 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón), ha introducido una nueva disposición (art. 12.bis) que, tras señalar la obligación de publicitar los acuerdos de modificación de los contratos, señala expresamente la posibilidad de interponer recurso contra tal acuerdo de modificación:

«...Artículo 12 bis. Publicidad de lo modificado.

1. El acuerdo del órgano de contratación de modificar un contrato se publicará, en todo caso, en el Boletín Oficial y perfil en que se publicó la adjudicación, figurando las circunstancias que lo justifican, su alcance y el importe del mismo, con el fin de garantizar el uso adecuado de esta potestad.

2. Igualmente, esta decisión se notificará a los licitadores que fueron admitidos, incluyendo, además, la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación de no ajustarse a los requerimientos legales...»²⁶⁶

Esta opinión, favorable a la recurribilidad de los acuerdos de modificación de los contratos públicos no es, sin embargo unánime entre los Tribunales autonómicos. El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se ha pronunciado sobre la cuestión en sentido contrario, hasta en dos ocasiones, en el mes de junio de 2011. En su Resolución 17/2011, de 8 de junio, el Tribunal madrileño concluye que «de acuerdo con la regulación del artículo 310 de la LCSP, interpretada a la luz de la Directiva 2007/66/CE, en relación a los con-

266. Sobre esta posibilidad, resulta interesante el Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativo precisamente al Régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales en aplicación del artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón. Señala la Junta Consultiva aragonesa que «la opción del recurso especial contra decisiones de modificaciones contractuales es conforme al sistema de recursos comunitario en materia de contratación pública». Y esta es la opción del legislador estatal, si bien ha excluido la aplicación del recurso especial para los casos de modificaciones contractuales no previstas en el pliego (artículo 40.2 TRLCSP). De lo que se infiere, cuando menos, que la práctica de las modificaciones previstas o convencionales (artículo 106 TRLCSP) sí puede ser objeto de recurso especial, en tanto son un elemento propio de la valoración de ofertas.

No corresponde a esta Junta contradecir el mandato que con carácter de legislación básica contiene el artículo 40.2 TRLCSP sobre exclusión del objeto del recurso especial de las modificaciones no previstas, pero cabe advertir la posible incongruencia del precepto, que lleva a dar distinto trato a las modificaciones del contrato según sea su presupuesto habilitante, ya que a la vista de la jurisprudencia comunitaria, su aplicación podría resultar desplazada por la eficacia directa del Derecho de la UE, en los supuestos concretos que se sometan a los órganos competentes para conocer del recurso especial.

tratos sujetos al Derecho comunitario, los actos del procedimiento de licitación son susceptibles del recurso especial en materia de contratación, mientras que cuando se trata de actos de ejecución del contrato (modificación, resolución, desistimiento posterior o cualquier otro) cabe el régimen de recursos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa». La misma opinión confirmaría más tarde, en su Resolución nº 30/2011, de 29 de junio, en la que se inadmite un recurso especial planteado contra la adjudicación de un contrato de gestión de servicios públicos cuyo presupuesto de gastos de establecimiento es inferior a 500.000 euros, pero cuya adjudicación se propone a una empresa que contempla una inversión superior a dicha cifra. El Tribunal razona que «no cabe interpretar que como consecuencia de la adjudicación, una vez superado el umbral, a partir de ese momento cabe el citado recurso y por tanto ahora sería competente este Tribunal cuando no lo ha sido para controlar los actos anteriores. El mayor importe derivado de la mejor oferta del adjudicatario afectará a una fase posterior, que es la de ejecución del contrato, que no está sujeta al control de los órganos competentes para la resolución del recurso especial en materia de contratación».

En cualquier caso, esta exclusión de los «modificados» del ámbito objetivo del recurso especial no ha pasado de largo para parte de la doctrina, que ha cuestionado tal opción²⁶⁷. Hay que recordar que a tra-

267. Vid. las oportunas reflexiones al respecto de I. GALLEGO CÓRCOLES «Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación: la discutible exclusión de las modificaciones contractuales *ex lege* de su ámbito de aplicación», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, nº 113 (2011). En el mismo sentido se pronuncia S. Díez Sastre («El recurso especial en materia de contratación pública» incluido en el Anuario de Derecho Municipal 2011, pág. 141) al señalar que «A pesar de su imprecisa formulación –puesto que las modificaciones imprevistas se establecen únicamente en el art. 107 TRLCSP–, este precepto deja abierta la posibilidad de impugnar mediante el recurso especial las modificaciones excluidas en esta excepción. Serían aquellas modificaciones que se han previsto en los pliegos y que pueden poner al descubierto una nueva adjudicación del contrato. El legislador olvida, así, que, conforme al Derecho europeo, cualquier modificación que ponga de manifiesto una nueva adjudicación debería ser impugnabile por esta vía. Además, la impugnación mediante el recurso especial de un contrato inválido en estos casos rompe con el carácter precontractual de este remedio, pues los licitadores tendrán conocimiento de la modificación normalmente cuando ya se haya realizado. Habría que analizar, por tanto, la posibilidad de reconducir estos supuestos a la impugnación mediante la cuestión de nulidad, dirigida precisamente contra los contratos en cuya adjudicación se han vulnerado reglas esenciales para garantizar tutela a los licitadores».

vés de la Ley de Economía Sostenible se incorporaron a la LCSP nuevas reglas para la tramitación de las modificaciones de los contratos públicos, de acuerdo con las prácticas recomendadas por la Unión Europea, y teniendo en cuenta, especialmente, la postura manifestada por la Comisión en su Dictamen motivado de 2 de diciembre de 2008. Con los exigentes requisitos introducidos entonces para la admisión de la modificación de los contratos públicos en los arts. 105 a 108 TRLCSP (antes arts. 92 bis a 92 quinquies LCSP), que hacen de la modificación una circunstancia excepcional, J. COLÁS TENAS llegó a aventurar que la «era del reformado» había terminado²⁶⁸. Por eso sorprende que se excluya del ámbito del recurso especial en materia de contratación el control sobre el cumplimiento de los nuevos requisitos establecidos, con la excusa de «evitar trámites que puedan retardar la tramitación del modificado». Entonces, ¿en qué quedamos?

Una segunda «afección» al régimen del recurso especial en materia de contratación pública tuvo lugar con la publicación del Reglamento UE n° 1251/2011, de 30 de noviembre de 2011, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE, 2004/18/CE y 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos, cuyas prescripciones incorpora la Orden EHA/3479/2011, de 19 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2012. Bien es sabido que no resulta posible interponer recurso especial en materia de contratación pública frente a cualquier contrato del sector público. Sólo frente a los contratos sujetos a regulación armonizada y los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II TRLCSP que superen un determinado umbral económico, además de determinados contratos de gestión de servicios públicos, resulta posible la interposición de este recurso. Pues bien, la elevación de los umbrales económicos a partir de los cuales resultan de aplicación las Directivas, efectuada por el Reglamento 1251/2011, ha traído como consecuencia la exclusión del ámbito del recurso especial de algunos contratos públicos de obras, de servicios y de suministros. Así, en relación con los contratos sujetos a regulación armonizada, y puesto que uno de los factores que determina tal calificación es su umbral económico (coincidente con el de apli-

268. «La reforma de la legislación de contratos del sector público en la ley de economía sostenible: el régimen de modificación de los contratos del sector público», Diario El Derecho, accesible desde http://www.elderecho.com/administrativo/legislacion-contratos-economia-sostenible-modificacion_11_281680002.html

cación de las Directivas), a partir del 1 de enero de 2012 son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de obras y concesión de obras públicas de valor estimado igual o superior a 5.000.000 euros (antes 4.845.000), y de suministro y de servicios de valor estimado igual o superior a 200.000 euros (antes 193.000). Igual cuantía, 200.000 euros, es la que determina ahora la posibilidad de interponer recurso especial en el marco de un contrato de servicios comprendido en las categorías 17 a 27 del Anexo II TRLCSP. Como puede apreciarse, la aprobación de los nuevos umbrales de aplicación de las Directivas (que por vez primera desde que fueron establecidos en 2004 se han elevado frente a los que los precedían en el bienio anterior) ha producido, de manera indirecta, el efecto de reducir los contratos respecto de los cuales resultaba posible la interposición del recurso especial en materia de contratación pública, al quedar fuera de su alcance contratos que hasta el 31 de diciembre de 2011 sí que eran susceptibles de tal recurso: nos referimos a los contratos de obras y de concesión de obras públicas de entre 4.845.000 y 5.000.000 de euros, y los de suministros y servicios de entre 193.000 y 200.000 euros.

También introdujo algunas novedades en materia de recursos contractuales la aprobación, mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, del demandado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público²⁶⁹. La primera que puede apreciarse, de orden sistemático, consiste en la reubicación de los preceptos que regulan la cuestión, de manera que todo el «Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos» pasa a quedar situado como Capítulo VI del Título 1 de este Libro I (artículos 40 a 50), preceptos que se traen así de su anterior ubicación en el Libro VI LCSP (artículos 310 a 320). La segunda novedad

269. «...la necesidad de proceder a la elaboración de un texto refundido se comprende fácilmente desde la perspectiva de la seguridad jurídica...», dijo el Consejo de Estado en su Dictamen 499/2010, al informar sobre el Anteproyecto de la que finalmente se convertiría en Ley 34/2010 (a mitad del recorrido de modificaciones de la LCSP). Descartada inicialmente tal posibilidad, la idea fue sin embargo incluida en la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, cuya disposición final trigésima segunda contenía una autorización al Gobierno para elaborar un texto refundido en el que se integraran, debidamente regularizados, aclarados y armonizados, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y las disposiciones en materia de contratación del sector público contenidas en normas con rango de ley, incluidas las relativas a la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos. Sin embargo, desde que el Consejo de Estado recomendara la elaboración de un texto refundido, y la Ley de Economía Sostenible lo autorizara, todavía se dictaron cinco y tres normas, respectivamente, que incluían entre sus disposiciones la modificación de algunos preceptos de la LCSP.

introducida por el TRLCSP, de orden material, es una pequeña «adición-aclaración» al contenido del art. 49, que señala la improcedencia de revisión de oficio de la resolución del recurso especial en materia de contratación pública, y en general de los actos dictados por los órganos especiales de recurso, a los que se añade también la no sujeción de dichos actos a fiscalización por los órganos de control interno de las Administraciones a que cada órgano se encuentre adscrito.

Finalmente, hemos de dar cuenta también de alguna novedad introducida en materia de recurso especial contenida en normas autonómicas. Concretamente, la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, anteriormente mencionada, que a la hora de establecer la competencia del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón ha rebajado los umbrales a partir de los cuales dicho Tribunal conocerá de los recursos, extendiendo la protección del recurso especial a un mayor número de contratos. Así, de conformidad con el art. 17 de la Ley 3/2011, de medidas en materia de contratos del Sector público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón es competente para:

«Conocer y resolver los recursos especiales en materia de contratación a que se refiere el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, así como para los contratos de *obras de importe superior a 1.000.000 de euros y de suministros y servicios superior a los 100.000 euros*, en tanto se considera que tienen carácter transfronterizo».

III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA ACTIVIDAD DE LOS ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES EN 2011

Antes de abordar el análisis de la doctrina de los órganos de recursos contractuales, procede realizar una serie de consideraciones generales sobre la actividad que dichos órganos han desarrollado en 2011.

En primer lugar, debe destacarse la importantísima labor didáctica que todos ellos han desarrollado a través de sus Acuerdos y Resoluciones. Los pronunciamientos de los órganos de recurso constituyen hoy una importante fuente de conocimiento en materia de contratación pública, complementaria de los informes de los órganos de naturaleza consultiva. La rapidez con la que se resuelven los recursos especiales en materia de contratación pública, frente al retraso que acumulan los órganos judiciales en resolver los asuntos, ha situado a las Resoluciones de los órganos de recurso en materia de contratación pública como el primer parámetro interpretativo de la cambiante normativa sobre contratos

públicos. Alguna norma jurídica ha reforzado incluso esa función interpretativa, al configurar las resoluciones de los órganos de recurso como parámetro de actuación de los órganos de contratación, al mismo nivel que la jurisprudencia²⁷⁰.

El desarrollo de esa función didáctica por los órganos de recurso ha sido posible gracias a algunas iniciativas tomadas por sus titulares. En primer lugar, debe destacarse la decisión adoptada por los órganos de recurso Central, de Aragón, de la Comunidad de Madrid, de Andalucía y de Castilla y León (todos, salvo el órgano del País Vasco) de hacer públicas todas las resoluciones de recursos a través de su portal en internet. Fue una decisión ejemplar en su momento, pionera en cuanto a la efectividad del principio de transparencia de la actuación administrativa, que ha permitido la rápida difusión de la doctrina de estos órganos.

Otra medida que merece ser reconocida es la impulsada por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que al constatar que un elevado número de sus Resoluciones se encontraban relacionadas con el contenido de las notificaciones de los acuerdos de adjudicación, ha incluido en su memoria de actividades de 2011 un estudio sobre las exigencias de la motivación en la notificación de los acuerdos de adjudicación dictados por los órganos de contratación, incluyendo la reseña de las Resoluciones que se han dictado en relación con esta cuestión²⁷¹.

La función didáctica ha alcanzado también al mismo procedimiento de recurso. Así lo justificaba tanto su novedad como las especialidades que, respecto del procedimiento administrativo común, lo caracterizan (plazo y lugar de interposición, carácter suspensivo en determinadas ocasiones, etc...), circunstancias que han llevado a algunos órganos de recurso a publicar unas guías de tramitación de procedimientos de recurso ante los mismos, accesibles también desde sus páginas web. Así lo han hecho los órganos de recurso de Aragón, Madrid y Andalucía.

Por otra parte, también cabe apreciar en los titulares de los órganos

270. En este sentido, el art. 3.1 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón señala que «Las entidades sometidas a esta Ley otorgarán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y actuarán con transparencia, respetando la jurisprudencia comunitaria y la emanada del resto de tribunales, así como las resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón».

271. La memoria se encuentra accesible desde http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Publicaciones_FA&cid=1142673407809&idConsejeria=1109266187242&idListConsj=1109265444710&idOrganismo=1142625383087&language=es&pagename=Comunidad-Madrid%2FEstructura&pid=1109265444699&sm=1109266101003.

de recurso una voluntad de crear un cuerpo doctrinal en esta materia lo más uniforme posible. Tal circunstancia ha tenido su reflejo en el hecho de que, en ocasiones, las soluciones que se adoptan en un recurso se apoyan en pronunciamientos de otros órganos de recurso, cuando el objeto de ambos recursos está relacionado y la solución aplicable es la misma, incluyendo la referencia e incluso citas de tales pronunciamientos. Este modo de actuar, aparte de esa voluntad «de unificación de doctrina» antes apuntada, pone de manifiesto una rigurosa labor de estudio y preparación de los asuntos llevada a cabo desde las Secretarías de los órganos, así como la voluntad de reconocimiento del trabajo que realizan el resto de órganos de recurso.

Por otra parte, estamos convencidos de que la *auctoritas* que, con carácter general, se reconoce a los titulares de los diferentes órganos de recursos, ha contribuido a hacer del recurso especial en materia de contratación de un mecanismo útil y eficaz. Las todavía escasas estadísticas oficiales demuestran que la litigiosidad en la materia se ha reducido, de modo que únicamente un porcentaje muy bajo de resoluciones dictadas por estos órganos de recurso han sido posteriormente impugnadas en vía jurisdiccional, por lo que bien puede decirse que, de esta manera, se ha contribuido en parte a reducir el colapso de nuestros órganos jurisdiccionales. Así, en la Memoria de actividad 2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se indica que «... Sólo 32 resoluciones dictadas por el TACRC en 2011 se han recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Es decir, que el 91% de las resoluciones han sido aceptadas por las partes, sin acudir a la vía jurisdiccional. Aún no se dispone de ninguna sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional...»

Algún apunte curioso debe aportarse también en este análisis general de la actividad de los órganos de recurso durante el año 2011. Por ejemplo, la Resolución 2/2011, de 28 de julio de 2011, de la Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid por la que se acuerda la suspensión de los procedimientos pendientes ante el Tribunal, durante el mes de agosto de 2011. Esta resolución encuentra su fundamento en «...la imposibilidad de contar con el quórum suficiente para resolver los recursos planteados, como órgano colegiado durante el período vacacional...», dada la composición del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid²⁷². Tal cir-

272. Según indica la propia Resolución, «...la adopción de otras medidas alternativas ha sido estudiada con el fin de perjudicar lo menos posible a los órganos de contratación y a los licitadores interesados en la resolución rápida de conflictos, llegando a la conclusión que el establecimiento de sistemas de turnos no resuelve la cuestión

cunstancia «...aconseja la necesidad de suspender la actividad del Tribunal durante el mes de agosto y, en consecuencia los procedimientos en tramitación... sin perjuicio de que en casos de extraordinaria urgencia y necesidad, debidamente justificadas por el órgano de contratación, se procederá a la convocatoria extraordinaria de una sesión para resolver el recurso de que se trate durante el período de vacaciones de los vocales del Tribunal». En esa misma Resolución se incluía una recomendación a los órganos de contratación para que, «...en función del estado de tramitación del expediente, en el caso de interposición de recurso o cuestión de nulidad contra cualquiera de los actos previos a la adjudicación, se proceda a la suspensión del procedimiento una vez se haya dictado el acto de adjudicación, en tanto se reanuda la actividad del Tribunal en los términos dispuesto en el artículo 315 de la LCSP, al objeto de evitar la consolidación de situaciones que pudieran ser contrarias a la Ley y que en caso de estimarse los recursos podrían dar lugar a la exigencia de una indemnización por parte del adjudicatario por los gastos generados».

Lo cierto es que el mismo problema («la constitución del órgano durante las vacaciones») afecta a otros órganos de recurso de naturaleza colegiada cuyos titulares no tienen designados suplentes (no a los de carácter unipersonal, como en el País Vasco, donde además del titular hay designado un suplente), sin que se conozca cómo se ha solventado el mismo.

IV. ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE LA ACTIVIDAD DE LOS ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES EN 2011

Entendemos conveniente incluir también en este estudio un pequeño análisis estadístico de las actuaciones llevadas a cabo por los órganos de recurso durante 2011. Desde luego que el análisis que se ofrece a continuación no puede tomarse en modo alguno como «oficial», sino que se basa en el análisis de la información que los diferentes órganos de recurso han publicado en sus respectivas páginas web institucionales²⁷³. El análisis se proyecta sobre las 462 Resoluciones dictadas por el

de la necesidad de quórum para dictar acuerdos, sin que de momento sea posible establecer una suplencia con otros miembros del Tribunal al no contar el mismo más que con tres miembros que reúnan las condiciones establecidas en la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público...».

273. Las Estadísticas oficiales pueden consultarse en las Memorias de actividad que han publicado algunos órganos de recurso: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (<http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/TACRC/Documentos/MEMORIA%20TACRC%202011.pdf>) y Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Publicaciones_

Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, el Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. No se incluye la estadística relativa a la actividad del el órgano de recursos del País Vasco ya que, por el momento, dicho órgano no hace públicas sus Resoluciones.

1. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES (TACRC)²⁷⁴

Durante el año 2011, el Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales dictó 336 resoluciones, correspondientes a 346 recursos. El grueso de esas resoluciones (321) corresponde a recursos especiales en materia de contratación pública del art. 40 TRLCSP, aunque pueden encontrarse 3 Resoluciones que se refieren la cuestión de nulidad regulada en el art. 37 TRLCSP, y 12 reclamaciones de las previstas en los arts. 101 y siguientes de la Ley 31/2007, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

La mayor parte de las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central acuerdan la inadmisión de los recursos (109) o su desestimación (122). En cinco ocasiones el Tribunal acuerda tener al recurrente por desistido, y en una (Resolución 336/2011) se acuerda dar por terminado el procedimiento ante el reconocimiento por la entidad contratante de las pretensiones del recurrente. Las restantes Resoluciones son estimatorias, total (30) o parcialmente (51), de las pretensiones de los recurrentes.

2. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN (TACPA)

Desde su puesta en funcionamiento el 11 de marzo, el Tribunal Ad-

FA&cid=1142673407809&idConsejeria=1109266187242&idListConsj=1109265444710&idOrganismo=1142625383087&language=es&pagename=ComunidadMadrid%2FEstructura&pid=1109265444699&sm=1109266101003. El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón presentó el pasado 21 de junio su memoria. Al cierre de esta edición la memoria no se encontraba publicada en la web de Tribunal, pero su Presidente ofreció un breve análisis de la misma, publicado en el Observatorio de la contratación pública: <http://obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.60/re/menu.3/chk.4ad2c69b47fdaf1d01963d4e63ab5b51>.

274. La memoria de actividades 2011 de este órgano se encuentra accesible desde <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/TACRC/Documentos/MEMORIA%20-TACRC%202011.pdf>.

ministrativo de Contratos Públicos de Aragón dictó 32 acuerdos en el año 2011 (derivados de la interposición de 36 recursos, todos ellos relativos a recursos especiales en materia de contratación pública). Debemos destacar que fue el primer órgano que hizo públicos en su sede electrónica sus acuerdos, antes incluso que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

En cuanto al resultado de esos acuerdos, tres acuerdan tener por desistido al recurrente (en uno de ellos se acuerda el desistimiento a petición del propio recurrente Acuerdo 28/2011), y ocho acuerdan la inadmisión del recurso. De los veintiún acuerdos restantes, nueve desestiman los recursos, y doce estiman, total o parcialmente, las pretensiones de los recurrentes.

3. TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID (TCPCM)²⁷⁵

El examen de la actividad del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid arroja, desde su constitución en el mes de mayo de 2011, los siguientes resultados: Se han emitido 93 Resoluciones (aunque en la web del Tribunal no aparece publicada la nº 59/2011²⁷⁶) que responden a 104 recursos presentados. De esas Resoluciones, 92 se refieren a recursos especiales en materia de contratación pública, y una (Resolución 11/2011) a cuestión de nulidad.

En cuanto al resultado de las Resoluciones, tres²⁷⁷ de ellas concluyen acordando tener al recurrente por desistido en su recurso (generalmente por no acreditar la representación); treinta y dos inadmiten, por diversos motivos, los recursos presentados; y treinta y nueve son Resoluciones desestimatorias.

Incluimos además algunas apreciaciones sobre los recursos presentados, extraídas de la memoria de actividades 2011 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid:

«...Así cabe destacar que el grueso de los recursos presentados, proceden de los hospitales que conforman la red hospitalaria de la Comunidad de Madrid y

275. Además de la memoria de actuaciones, en la propia web del Tribunal se puede encontrar un resumen de su actividad durante 2011 que informa sobre recursos por entidad recurrida, recursos por tipo de contrato, sentido de las resoluciones, recursos por tipo de acto impugnado.

276. Consulta realizada el 6 de mayo de 2011.

277. La estadística oficial sólo señala dos resoluciones con resultado de tener al recurrente por desistido. Sin embargo, el análisis de las resoluciones señala que son tres: 2/2011; 25/2011 y 76/2011.

de los municipios de la misma, constituyendo un 76% de la procedencia de los recursos presentados.

...

También cabe destacar que el 89% de los recursos presentado se producen en el ámbito de los contratos de servicios y de suministros, constituyendo el principal objeto de impugnación los actos de adjudicación de los contratos (56%)...»

4. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA (TARCA)

La Orden de la Consejería de Hacienda y Administración pública de la Junta de Andalucía de 14 de diciembre de 2011, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, disponía en su apartado primero el inicio de la actividad de dicho Tribunal «... el mismo día de la publicación de la presente Orden en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía», esto es, el día 21 de diciembre de 2011. El inicio de la actividad de dicho órgano no se hizo esperar, y el mismo día 21 de diciembre ya dictó su primera Resolución en 2011 (que sería la única ese año). Para la estadística, el resultado de esa Resolución fue la desestimación del recurso.

V. LA DOCTRINA DE LOS ÓRGANOS DE RECURSO. ASPECTOS PROCESALES O DE FORMA DEL RECURSO

Como antes anticipamos, la novedad del procedimiento de recurso y las especialidades que presenta respecto del procedimiento administrativo común (cuyas normas reguladoras resultan aplicables en caso de ausencia de previsión especial, conforme al art. 46.1 TRLCSP) justifican que nos detengamos en el análisis de algunas cuestiones de forma que, a lo largo del año 2011, se han planteado ante los órganos de recurso.

1. LA CALIFICACIÓN DEL ESCRITO DE RECURSO

Una primera cuestión a dilucidar por el órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación es la calificación de los escritos presentados por los recurrentes. En su Resolución 58/2011 el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales conoció de un supuesto en el que un licitador había presentado un «escrito de alegaciones» contra un Acuerdo de la mesa de contratación que el órgano contratación calificó como recurso especial, procediendo a tramitarlo como tal y a remitir el expediente al Tribunal. El caso es que el

licitador «alegante» presenta un nuevo escrito de alegaciones oponiéndose a la calificación de su escrito de alegaciones como «recurso especial», exponiendo que, a pesar de que efectivamente el contrato licitado sería susceptible del recurso especial en materia de contratación, el acuerdo de la mesa de contratación en cuestión no lo era, por no tratarse de un acto de trámite de los establecidos en el artículo 310.2.b de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (40.2.b TRLCSP), ya que no decidía sobre la adjudicación del contrato, toda vez que, tras la adopción del mismo, seguían pendientes de valoración efectiva tanto la proposición económica como el equipo de trabajo presentados por los licitadores.

El Tribunal consideró en este caso que no procedía entrar a resolver un «Recurso especial en materia de contratación» cuyo hipotético recurrente se negaba a presentar, y aplicó como consecuencia el desistimiento del recurrente del procedimiento de recurso.

2. COMPETENCIA DEL ÓRGANO ENCARGADO DE RESOLVER EL RECURSO

En varias ocasiones, los órganos creados para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación se han visto obligados a inadmitir los presentados ante la falta de competencia para conocer de los mismos.

En la mayor parte de los casos se trataba de recursos interpuestos contra actuaciones de entidades no incluidas en el ámbito de actuación subjetivo del órgano encargado de resolver el recurso, como los interpuestos ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales contra actos relacionados como contratos licitados por la Consejería de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno vasco (TACRC 103/2011), el Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. N., dependiente del Servicio Canario de Salud, órgano de la Comunidad Autónoma de Canarias, (TACRC 250/2011), o la Institución Ferial de la Provincia de Zamora, consorcio constituido por la Diputación de Zamora, el Ayuntamiento de Zamora y la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Zamora (TACRC 165/2011).

En otra ocasión, también se inadmitió el recurso, denominado por el recurrente como «especial en materia de contratación», al haber sido interpuesto en el marco de un contrato licitado por una entidad que no tenía la consideración de poder adjudicador (TACRC 40/2011).

3. CONTRATOS SUSCEPTIBLES DE RECURSO

El artículo 40.1 TRLCSP (antes 310.1 LCSP) determina como contratos susceptibles de recurso especial en materia de contratación a) los contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada; b) los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros²⁷⁸; c) los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años; y d) los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, siempre que se trate de contratos concertados por entidades que ostenten la condición de poder adjudicador.

3.1. Calificación del contrato

Los órganos encargados de resolver el recurso especial deben asegurarse de que el contrato es susceptible de recurso conforme al art. 40.1 TRLCSP. En un caso resuelto por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el órgano de contratación había calificado el contrato objeto de recurso como de gestión de servicios públicos, siendo esta calificación no compartida por la recurrente, al considerar que se trataba de un contrato de servicios (TACRC 256/2011). La principal cuestión en ese caso era la de dilucidar sobre la calificación del contrato. Si el contrato se calificaba como de gestión de servicios públicos, no sería el mismo susceptible de recurso especial en materia de contratación al no concurrir en él ninguno de los dos requisitos que se exigen para que el contrato de gestión de servicios públicos pueda ser impugnado por esta vía: que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración sea superior a cinco

278. 193.000 euros hasta el 31 de diciembre de 2011. A partir del 1 de enero de 2012 el umbral se sitúa en 200.000 euros por la entrada en vigor del Reglamento (UE) número 1251/2011 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2011, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE, 2004/18/CE y 2009/81/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos (adaptación del TRLCSP por Orden EHA/3479/2011, de 19 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2012).

años. Por el contrario, si el contrato se calificaba como de servicios, el contrato sí que era recurrible.

En este caso el Tribunal aceptó la calificación del contrato propuesta por la Entidad contratante (gestión de servicios públicos), aceptando el argumento formal de la calificación del contrato como concierto, que es una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos, y en consecuencia, inadmitió el recurso por dirigirse contra un contrato no susceptible de ser recurrido por la vía del recurso especial. Sin embargo, lo sorprendente de este caso es que el Tribunal se quedara en el plano formal y no entrara en el fondo del asunto, como sí ha hecho en otras ocasiones, y comprobara si la calificación del contrato era correcta a la vista de las prestaciones incluidas en el objeto del contrato. En consecuencia, el Tribunal debería haber entrado a analizar si a la vista de las prestaciones incluidas en el contrato, concurrían los elementos característicos de los contratos de gestión de servicios públicos.

La decisión sorprende todavía más cuando en un caso anterior (TACRC 203/2011) el propio Tribunal había concluido que

«la previa calificación del contrato en el pliego no excluye la posibilidad de que el Tribunal compruebe si tal calificación se corresponde con lo establecido al respecto en la Ley de Contratos del Sector Público y, en especial, con la posibilidad de que, dadas las características y contenido de la prestación prevista, el contrato pueda ser subsumido bajo alguno de los tipos contractuales regulados en ella. La razón que fundamenta esta potestad del Tribunal se encuentra en el propio carácter de la regulación del recurso especial en materia de contratación. En efecto, la posibilidad de recurrir a través de la vía del recurso especial en materia de contratación viene impuesta por las normas de la Directiva 89/665/CEE, en la redacción dada por la 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, del Parlamento y el Consejo Europeo.

Así, aceptar la calificación que hace el pliego, y considerar, por ello, que el contrato está excluido de la posibilidad de recurrir los actos preparatorios y del procedimiento de adjudicación que a él se refieren, podría constituir una infracción de la Directiva mencionada. En efecto, su artículo 1 establece que "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". Ello significa que para determinar si un contrato en particular se encuentra o no incluido entre los enumerados en el artículo 310.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, norma de derecho interno que incorpora el precepto transcrito de la Directiva, debe atenderse a los criterios de calificación que contiene la Ley de Contratos del Sector Público en sus artículos 5 a 11 y no a los de otras normas del derecho nacional o a lo recogido en el propio pliego (el supuesto se refería a un recurso contra un contrato calificado por la entidad contratante como administrativo especial, pero que el Tribunal termina calificando como contrato de gestión de servicios públicos [modalidad de concesión], tras analizar y comprobar que el contratista asume un riesgo en la explotación del servicio)».

Esa necesidad de comprobar la correcta calificación del contrato cuyas actuaciones son recurridas ha sido señalada también por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo nº 20/2011. En ese caso, señalaba el Tribunal,

«...no puede dejar de mencionarse, en relación la calificación jurídica del objeto de este contrato –que conforme a la legislación anterior de contratos era habitual tipificar como contrato de gestión de servicios públicos– en la actualidad es claramente un contrato de servicios del artículo 10 LCSP (en concreto incluido en la categoría 27 "Otros Servicios" del Anexo II de la LCSP, CPV 98380000-0 "Servicios de perrera")»²⁷⁹.

Quizás esa potestad para «recalificar» el contrato es la que podría haber ejercitado el Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su resolución nº 85/2011, antes de inadmitir un recurso presentado contra una determinada actuación del contrato de «Concesión demanial para la construcción, explotación y conservación de un establecimiento permanente de hostelería (restaurante) en la Plataforma del Puente del Rey. Proyecto Madrid Río» con el argumento de que el contrato de concesión de dominio público no se encuentra en el elenco de contratos cuyos actos pueden ser objeto de recurso especial. Es posible que las prestaciones objeto del contrato (construcción, explotación y conservación) pudieran resultar constitutivas de un contrato de obras o de concesión de obras públicas, contratos que sí que resultan susceptibles de recurso especial.

3.2. Contratos de gestión de servicios públicos

Entre los contratos susceptibles de recurso, los de gestión de servicios públicos (que no tienen la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada) están sujetos a una doble condición:

- a. que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros, y
- b. el plazo de duración del contrato sea superior a cinco años.

La falta de concurrencia, con carácter acumulativo, de ambos requi-

279. En este caso, sin embargo, la calificación del contrato no era objeto de discusión en el recurso (la calificación del contrato y los Pliegos fueron libremente aceptados por los licitadores que no los impugnaron), y no se trataba de un supuesto de nulidad de pleno derecho, pues, en lo esencial, se había respetado el procedimiento que hubiera correspondido y se cumplieron escrupulosamente todas las formalidades legales.

sitos, determina la inadmisión del recurso (Acuerdo Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón nº 20/2011)

3.2.1. *Primer requisito: gastos de primer establecimiento*

Respecto del primer requisito, el importe de los gastos de primer establecimiento, resulta necesario determinar quién debe fijar el importe de dichos gastos. El Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (Resolución 30/2011) entendió que los gastos de primer establecimiento a tomar en consideración eran los contenidos en el estudio económico elaborado por la entidad contratante. En el supuesto objeto de esa Resolución, los gastos estimados en concepto de obras e inversiones no superaban los 500.000 euros, sin embargo, como consecuencia de la licitación se había propuesto la adjudicación a una empresa que ofrecía ejecutar inversiones por encima de esos 500.000 euros, suscitándose la duda de si en tal caso debía o no darse la posibilidad al resto de licitadores de plantear recurso especial. Para el Tribunal de la Comunidad de Madrid,

«La expresión que se utiliza en la redacción del artículo 310.1.c) exige acumulativamente que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años. En el caso concreto se da el segundo requisito (duración superior a cinco años), sin embargo, no se dan las condiciones de importe que establece.

El estudio económico debe preceder necesariamente a la celebración de todo contrato de gestión de servicio público y ha de precisar las previsiones de ingresos y gastos para determinar si es razonablemente rentable a los interesados. La expresión «presupuesto de gastos de primer establecimiento» se refiere al importe determinado en dicho documento en el momento de aprobación de los Pliegos y el que sirve durante las fases de preparación y adjudicación para la celebración de la licitación. Ese importe es el que determina si el contrato es susceptible, en esas fases, del recurso especial en materia de contratación y el sometimiento al control de los órganos competentes para la resolución del mismo. Asimismo, la fijación en el estudio económico de los gastos de primer establecimiento determina la posibilidad de acudir al procedimiento negociado. No cabe interpretar que como consecuencia de la adjudicación, una vez superado el umbral, a partir de ese momento cabe el citado recurso y por tanto ahora sería competente este Tribunal cuando no lo ha sido para controlar los actos anteriores. El mayor importe derivado de la mejor oferta del adjudicatario afectará a una fase posterior, que es la de ejecución del contrato, que no está sujeta al control de los órganos competentes para la resolución del recurso especial en materia de contratación.

El objetivo del recurso es que los licitadores puedan impugnar las infracciones legales que se produzcan en la tramitación de los procedimientos de selección hasta la adjudicación. Por ello, sería incoherente mantener en la misma fase de licitación la posibilidad de decisión de diferentes órganos según pueda ir variando

el importe en función del momento de la tramitación del expediente. Una vez definido el presupuesto de gastos de primer establecimiento, ésta será la cuantía que defina la posibilidad de recurso y la competencia del Tribunal durante toda la fase de licitación».

3.2.2. *Segundo requisito: plazo de duración del contrato*

El segundo requisito (acumulativo al anterior) para admitir los recursos en relación con los contratos de gestión de servicios públicos es que el plazo de ejecución del contrato sea de al menos cinco años. En otro caso se impone la inadmisión del recurso (Resolución Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid nº 86/2011, respecto del contrato gestión de servicios públicos para la gestión de la plaza de toros de Las Ventas en Madrid).

Es importante destacar que para el cálculo de ese plazo de cinco años no deben considerarse las eventuales prórrogas que puedan preverse en el contrato. Y ello porque la literalidad del requisito «y el plazo de duración superior a cinco años», no admite otra interpretación que la de considerar a estos efectos únicamente la duración inicial prevista (Acuerdo Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón nº 20/2011). El Tribunal aragonés señala que

«En este sentido, cuando la LCSP quiere considerar incluidas las prórrogas a cualquier efecto: cálculo del valor estimado de un contrato, exigencia de solvencia etc. lo indica expresamente, por lo que «a sensu contrario» la omisión de las prórrogas en la dicción literal del precepto lleva a concluir que los cinco años mínimos lo son de duración inicial. Refuerza esta interpretación el contenido del artículo 254 LCSP, dedicado a la duración de los contratos de gestión de servicios públicos, en el que entre los términos «duración» y «prórrogas» se introduce la conjunción «y», cuando establece: «El contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de los siguientes períodos...».

3.3. **Contratos de naturaleza privada**

Un caso singular es el Resuelto por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 233/2011. Se trataba en aquél caso de un recurso interpuesto contra la Resolución de adjudicación de un contrato de seguro de asistencia sanitaria para el personal en el exterior del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. El órgano de contratación planteaba la inadmisibilidad del recurso por tratarse de un contrato de naturaleza privada, por ser su objeto un servicio comprendido en la categoría 6 del Anexo II de la LCSP, distinto de

los citados en el artículo 310.2 de la LCSP. Sin embargo, el Tribunal Central entiende que se trata de un contrato recurrible, ya que «...aunque la naturaleza del contrato sea privada, tanto su preparación como su adjudicación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 20.2 de la LCSP, se rigen por la citada Ley, siendo por tanto el acto aquí impugnado susceptible de recurso especial...».

3.4. Contratos no susceptibles de recurso

3.4.1. *Contratos que no superan los umbrales establecidos para que pueda plantearse recurso especial*

Una cantidad importante de recursos inadmitidos lo han sido por referirse a contratos que no cumplían con el requisito cuantitativo exigido, bien tratarse de contratos sujetos a regulación armonizada, bien tratarse de contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II de valor estimado superior a 200.000 euros²⁸⁰, o en caso de contratos de gestión de servicios públicos, que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea, como hemos visto anteriormente, superior a los 500.000 euros. Han declarado la inadmisión del recurso por no cumplir este requisito cuantitativo las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 6/2011, 202/2011 y 273/2011, las del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid nº 50/2011, 65/2011, 77/2011 y 87/2011, y el ya citado Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón nº 20/2011).

Sentado lo anterior, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común según cual «el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter», declarada la inadmisión del recurso lo que procede es remitir el escrito de recurso al órgano de contratación al objeto

280. 193.000 euros hasta el 31 de diciembre de 2011. A partir del 1 de enero de 2012 el umbral se sitúa en 200.000 euros por la entrada en vigor del Reglamento (UE) número 1251/2011 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2011, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE, 2004/18/CE y 2009/81/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos (adaptación del TRLCSP por Orden EHA/3479/2011, de 19 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2012).

de que determine si procede admitir su tramitación como recurso administrativo, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

3.4.2. *Contratos de servicios excluidos del ámbito de aplicación de la LCSE*

Por medio de sus resoluciones núms. 252/2011 y 262/2011, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales inadmite sendos recursos interpuestos en relación con los contratos de «Servicio de actividades auxiliares en la Estación de Dos Hermanas del Núcleo de Cercanías de Sevilla de la Gerencia de Andalucía», de la Dirección de Viajeros Urbanos e Interurbanos de la Dirección General de Viajeros de RENFE-operadora, y «obras urbanización y ejecución de edificios polígono industrial norte», convocado por el Aeropuerto de Palma de Mallorca integrado en Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), respectivamente.

En ambos casos estima el Tribunal que se trata de supuestos a los que no pueden aplicarse los preceptos del TRLCSP referidos a los contratos de regulación armonizada, y en consecuencia, no es posible utilizar el recurso especial para la impugnación de actuaciones relacionadas con los mismos. En ambos casos resultaba de aplicación la disposición adicional undécima LCSP (ahora Disposición Adicional Octava TRLCSP), que se refiere a los contratos celebrados en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y que expresamente señala en su apartado 2 que

«...2. La celebración por los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas de contratos comprendidos en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, se regirá por esta norma, salvo que una Ley sujete estos contratos al régimen previsto en la presente Ley para las Administraciones Públicas, en cuyo caso se les aplicarán también las normas previstas para los contratos sujetos a regulación armonizada. Los contratos excluidos de la aplicación de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, que se celebren en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por los entes, organismos y entidades mencionados, se regirán por las disposiciones pertinentes de la presente Ley, *sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en ésta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada....*»

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 31/2007, de 30 octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE) dispone que:

«...La presente ley tiene como objeto la regulación del procedimiento de adjudicación de los contratos de obras, suministro y servicios cuando contraten las entidades públicas y privadas que se recogen en el artículo 3.1 que operen en los sectores de actividad relacionados con el agua, la energía, los transportes y los

servicios postales, tal como se concreta en los artículos 7 a 12, *cuando su importe sea igual o superior al que se establece, respecto de cada tipo de contrato en el artículo 16...».*

En consecuencia, las entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales realizando alguna de las actividades mencionadas en los arts. 7 a 12 LCSP, quedan sujeta al ámbito de la referida Ley, siempre que el importe del contrato sea igual o superior al previsto en el artículo 16 LCSE. Según indica dicho precepto,

«...La presente Ley se aplicará a los contratos cuyo valor estimado, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), sea igual o superior a los siguientes límites:

400.000 euros en los contratos de suministro y servicios.

5.000.000 euros en los contratos de obras».

En consecuencia, al tratarse de contratos que no superaban dichos importes, el Tribunal Administrativo Central estimó que no resultaban aplicables las normas contenidas en la LCSP para los contratos sujetos a regulación armonizada a aquellos contratos que se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la LCSE, y en consecuencia, inadmitió los recursos.

3.4.3. *Contratos administrativos especiales*

Junto a la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 203/2011 ya mencionada en el apartado «3.1.-Calificación del contrato», en la que el Tribunal termina calificando el contrato recurrido como contrato de gestión de servicios públicos y no como contrato administrativo especial, debemos mencionar la Resolución nº 192/2011 del mismo Tribunal, que inadmitió el recurso contra un contrato que tenía por objeto «la concesión del servicio de restauración del Palacio de Congresos de Madrid», al no compartir la calificación como gestión de servicio público que señalaba el Pliego y considerar que dicho contrato tenía naturaleza administrativa especial (y este tipo de contratos no son susceptibles de recurso especial).

Resulta curioso porque para atribuir tal calificación, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se apoya en Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado anteriores al año 2000, que atribuyen naturaleza administrativa especial a los contratos que tienen por objeto los servicios de cafetería y comedor. Pero tal calificación jurídica se hacía por la Junta Consultiva del Estado al amparo de la regulación de las modalidades contractuales contenida en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones

Públicas. Desconoce el Tribunal Central las opiniones que, tras la entrada en vigor de la LCSP, y habida cuenta de la nueva definición de los contratos de servicios, califican ahora estos contratos como de servicios. Así, a título de ejemplo podemos citar el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 19/2011, de 6 de julio, y también la Recomendación del mismo órgano consultivo 1/2011, de 6 de abril, sobre diversos aspectos, entre ellos el de la calificación jurídica de los contratos), que concluye que

«...la categoría de los contratos administrativos especiales ha quedado enormemente restringida, incorporándose gran parte de los ámbitos antes cubiertos por esos contratos, a la categoría actual de los contratos de servicios, delimitada hoy en términos muy amplios. En este sentido se ha pronunciado esta Junta Consultiva, en su informe 29/2008, según el cual: «una primera observación de carácter sustantivo es que de la actual regulación se desprende el carácter residual de la categoría de contrato administrativo especial, primando la tipificación, al margen del régimen jurídico, que contiene la Directiva 2004/18 de contratos públicos. Esto supone un evidente cambio frente a la regulación anterior donde esas prestaciones sí merecían la consideración de contrato administrativo especial. Sin embargo la LCSP opta por una definición de contrato de servicios ajustada a la normativa comunitaria. De acuerdo con el artículo 10 LCSP son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro. A efectos de aplicación de esta ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II. De manera que cabe concluir que los contratos cuyo objeto es la prestación de servicios de bar, cafetería y comedor en las instalaciones de la universidad, deben entenderse incluidos en la categoría 17 de servicios de hostelería y restaurante del Anexo II de la LCSP».

3.4.4. *Contratos que no tengan por objeto la realización de obras, servicios o suministros*

También ha tenido ocasión de pronunciarse algún órgano sobre un recurso planteado contra contratos que no tenían por objeto la realización de obras, servicios o suministros. Así sucedió en el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón nº 22/2011, que inadmitió un recurso planteado contra un contrato de «Venta de Papel y Cartón procedente de la recogida selectiva de la ciudad de Zaragoza y barrios rurales» al considerar que se trataba de un contrato privado.

4. ACTOS SUSCEPTIBLES DE RECURSO

4.1. Actos no recurribles

Por cuanto respecta a los actos susceptibles de ser recurridos que

enumera ahora el art. 40.2 TRLCSP (anteriormente el art. 310.2 LCSP, tras su modificación por la Ley 34/2010), las mayores dudas se han planteado en relación con la posibilidad de recurso de los actos de trámite. Según el art. 40.2 TRLCSP, únicamente son recurribles este tipo de actos cuando «... 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», y en cualquier caso, los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, ha manifestado en la Resolución 59/2011 (expresamente citado en la Resolución Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid nº 27/2011) que «...una correcta interpretación del art. 310.2 LCSP exige que se examinen paralelamente este precepto y el que le da origen, es decir el artículo 107 de la ley 30/1992. Del análisis conjunto de ambos preceptos se desprende que el legislador ha querido evitar la posibilidad de que resulten perjudicados los derechos o intereses legítimos de los administrados como consecuencia de actos de trámite, que de no ser por la excepción contenida en la Ley, no serían recurribles. Ello significa que, en tales casos, la posibilidad de recurrir no se abre a todos los interesados sino sólo a aquellos respecto de los cuales pudiera resultar perjudicado el ejercicio de sus derechos o la defensa de sus intereses legítimos como consecuencia del acto de trámite en cuestión. De otro modo debería esperar a la resolución que pone fin al procedimiento para ejercitar la defensa de su derecho o interés legítimo y considerando que la admisión del recurso pudiera causar perjuicios de difícil subsanación o precisara la retroacción de las actuaciones al momento en que se cometió la infracción, como excepción, cualifica estos actos admitiendo su impugnación».

En la misma línea, la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid nº 27/2011 señala que:

«...Los actos de trámite son actos instrumentales de la resolución que pone fin al procedimiento. No quiere decirse que los actos de trámite no son impugnables, que constituyan una suerte de dominio soberano de la Administración, quiere decir que no son impugnables separadamente salvo que la ley los considere de una importancia especial (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) no pueden impugnarse de forma separada, por un principio de concentración procedimental habrá que esperar a la resolución del procedimiento de adjudicación para plantear

todas las discrepancias del recurrente sobre el procedimiento tramitado, sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite».

Precisamente en el sentido apuntado, dispone el artículo 40.3 TRLCSP (antes 310.3 LCSP) que

«Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación».

Un supuesto que se ha planteado ante diversos órganos de manera recurrente ha sido la posibilidad de recurrir el acuerdo de la Mesa de contratación por el que se admiten a los licitadores a la licitación. En algunos supuestos, los licitadores excluidos fundamentan el recurso no en su incorrecta exclusión, sino en que también debería excluirse a otros licitadores. Se alegaba para ello la posibilidad de recurrir «... los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores...» que admite el art. 40.2 TRLCSP.

Según el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales,

«...Para llegar a una interpretación adecuada de este precepto es preciso tener en consideración una doble posibilidad en cuanto a la función que se pretende cumpla el mismo. De una parte, cabe entender que mediante él se pretende evitar que los actos de trámite, que son irrecurribles en principio, priven de la posibilidad de ejercitar sus derechos a los licitadores al quedar al margen del procedimiento de adjudicación a pesar de tener derecho a participar en él. Por otra, cabría entender que el legislador ha querido dotar de sustantividad a los actos de la Mesa sobre la admisión de licitadores y, por ello, ha admitido la posibilidad de que sean impugnados sus actos en tal sentido. En el primer caso sólo podría impugnarse la exclusión de licitadores, en el segundo sería posible impugnar también los actos de admisión.

Una correcta interpretación del precepto exige que se examinen paralelamente este precepto y el que le da origen, es decir el artículo 107 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre. Del análisis conjunto de ambos preceptos se desprende que el legislador ha querido evitar la posibilidad de que resulten perjudicados los derechos o intereses legítimos de los administrados como consecuencia de actos de trámite, que de no ser por la excepción contenida en la Ley, no serían recurribles. Ello significa que, en tales casos, la posibilidad de recurrir no se abre a todos los interesados sino sólo a aquellos respecto de los cuales pudiera resultar perjudicado el ejercicio de sus derechos o la defensa de sus intereses legítimos como consecuencia del acto de trámite en cuestión. La justificación de esto es clara. El licitador que hubiera resultado excluido del procedimiento por el acto de trámite, quedaría privado de la posibilidad de defensa de su derecho o interés legítimo pues carecería de legitimación para recurrir el acto resolutorio del mismo. Precisamente para evitar esta posibilidad establece el legislador en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre,

primero y en la ley de Contratos del Sector Público con posterioridad la posibilidad de impugnación del acto de trámite que le perjudique.

Sin embargo, esta misma razón excluye la posibilidad de que los actos de trámite que no perjudican de forma directa el derecho de un licitador sean recurridos por éste, pues, con independencia de que la no exclusión del procedimiento no prejuzga respecto del contenido de la adjudicación, además, de resultar adjudicatario el licitador que debiera haber sido excluido, siempre quedará la posibilidad de recurrir el acto de adjudicación los restantes licitadores en base a la circunstancia que debió motivar su exclusión» (Resoluciones Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales núms. 59/2011, 68/2011 y 238/2011, y Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid núms. 3/2011 y 14/2011).

De acuerdo con todo lo anterior, debe considerarse que sí cabe recurso administrativo especial contra el acto de exclusión de la recurrente, si bien no cabría contra la no exclusión del licitador admitido. La admisión, como acto de trámite que no impide la continuación del procedimiento o produce indefensión no es recurrible, sin perjuicio de que la adjudicación final del contrato sí que sea recurrible haciendo valer cualquier causa que afecte a cualquier fase del procedimiento (Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 64/2011)

Sin embargo, debe llamarse la atención sobre la circunstancia de que la impugnación del acuerdo de exclusión y la posterior del acuerdo de adjudicación no son posibilidades acumulativas para el licitador excluido. Así lo ha señalado el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid, señalando que:

«...si consta notificación formal del acuerdo de exclusión de la Mesa de Contratación, el licitador excluido no podrá interponer recurso especial respecto de la adjudicación. La rotundidad de los términos en los que aparece redactado el artículo 135.4 (ahora art. 151.4 TRLCSP) obliga a concluir que la Ley 34/2010 ha establecido, en la práctica, dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de los licitadores acordados por las Mesas de Contratación: el recurso especial en contra el acto de trámite cualificado (artículo 310.2.b) que implica la exclusión acordada por la Mesa, (...) y el recurso especial contra el acto de adjudicación del contrato (...). Estas dos posibilidades no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario...». (Resoluciones Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid núms. 37/2011, 52/2011, 67/2011, 91/2011 y 92/2011, y también la Circular 3/2010 de la Abogacía del Estado).

Esta incompatibilidad tiene como presupuesto, sin embargo, la correcta notificación de la exclusión al licitador, explicitando las causas que la motivan. No procedería inadmitir el recurso posterior contra la adjudicación de un licitador inicialmente excluido, por ejemplo, cuando a dicho licitador se le haya comunicado simplemente la exclusión, pero

sin explicitar las razones que la determinan. En ese caso no puede considerarse, so pena de ocasionar indefensión, que el acto de exclusión estuviera formalmente notificado (Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid nº 37/2011).

Siguiendo con los actos de trámite no recurribles, no se ha considerado como tal el informe de valoración técnica de las ofertas, acordando en consecuencia, la inadmisión del recurso (Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid nº 27/2011). La valoración de ofertas es un acto de trámite que, salvo que implique la exclusión del licitador, puede ser objeto de impugnación en el momento de notificarse la adjudicación. En ningún caso cabe interpretarlo como dos posibilidades de recurso acumulativas.

Un último caso es el que se planteó al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y que dio lugar a su Acuerdo nº 32/2011. El recurrente argumentaba en su recurso que determinada información relativa a la adjudicación del contrato fue hecha pública en un diario local y en la web de la entidad contratante con carácter previo a la verificación de los trámites exigidos en el artículo 135 LCSP. Según el Tribunal aragonés, estas circunstancias, «que no se acomodan a lo que sería una buena práctica en la contratación pública y sin perjuicio de que merezcan un juicio desfavorable por este Tribunal», no suponen en ningún caso la invalidez de las mismas, constituyendo una mera irregularidad no invalidante.

4.2. Actos recurribles

Por cuanto se refiere a los actos que sí pueden ser impugnados por la vía del recurso especial en materia de contratación, algunas dudas se han planteado en relación con la posibilidad de recurrir 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...», y en concreto, a la hora de determinar el alcance de dicho concepto. Sobre el particular, resultan especialmente interesantes los Acuerdos del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón núms. 8/2011 y 26/2011. En el primero de ellos se considera acto de trámite «cualificado» –y por tanto recurrible– una Resolución por la que se acuerda recabar la documentación exigida en el artículo 135.2 LCSP al siguiente licitador clasificado, por entender que no se había cumplimentado adecuadamente el requerimiento en el plazo concedido a la licitadora clasificada

en primer lugar. El segundo, por su parte, señala que la propuesta de exclusión de una oferta por incluir un valor anormal o desproporcionado y considerarlo no justificado, la clasificación de las proposiciones admitidas, y el requerimiento de la documentación señalada en el artículo 135. 2 LCSP a las propuestas como adjudicatarias no son actos de trámite «cualificados». En consecuencia, en caso de discrepancia con el contenido de los mismos, habrá que esperar a la resolución del procedimiento de adjudicación para plantear todas las discrepancias del recurrente sobre el procedimiento tramitado y sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite.

Por otra parte, en algún caso se ha planteado también la posibilidad de que los actos enunciados en el art. 40.2 TRLCSP no agoten todas las posibilidades de recurso. Así, por ejemplo, se ha planteado expresamente la posibilidad de interponer recurso contra los actos por los que se renuncia a la celebración de un contrato, concluyéndose la solución afirmativa:

«...Para conocer si entre los supuestos del antecitado precepto está incluida la renuncia a la celebración de un contrato y dado que con una interpretación literal no encontramos el supuesto de renuncia, hemos de proceder a su interpretación a la luz de la Directiva 2007/66/CE, que modifica la Directiva 89/665/CEE, de 21/12/1989, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. La incorporación de las normas de esta Directiva fue la causa de la modificación de la regulación nacional a través de la citada Ley 34/2010. Por tanto, la delimitación de los actos recurribles ha de hacerse según las exigencias de la citada Directiva y de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que han ido consagrando un criterio amplio en cuanto a los actos susceptibles de recurso y fundamentalmente la sentencia de 18 de junio de 2002 que declara susceptible de recurso la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar la licitación para la adjudicación de un contrato público, en el asunto C-92/00 (TJCE/2002/202).

A la misma conclusión se puede llegar por una interpretación sistemática del artículo 139 LCSP (Hoy art. 155 TRLCSP). Este se incardina en el Título I «adjudicación de los contratos», del Libro III, en la Subsección 5ª «obligaciones de información sobre el resultado del procedimiento», la cual incluye tres artículos dedicados, el 137 a la notificación de la adjudicación a los candidatos y licitadores, el 138 a la publicidad de las adjudicaciones y el 139 a la renuncia a la celebración del contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración. Es decir, la obligación de informar sobre la renuncia a la celebración de un contrato está incluida dentro de la obligación de informar sobre el resultado de un procedimiento y éste, a su vez, encuadrado dentro del epígrafe más genérico «adjudicación de los contratos».

Ciertamente la renuncia no puede insertarse dentro de la clasificación doctrinal del ordenamiento español de acto de trámite, pues junto a la resolución y el desistimiento es una de las formas de poner fin al procedimiento. No cabe encua-

drar la renuncia dentro del supuesto del artículo 310.2.b,... pero cabe concluir que aquellos actos que ponen fin al procedimiento de adjudicación, bien con la selección de un licitador o bien con la no selección de ninguno, como pueden ser el desistimiento, la renuncia o la declaración de desierta de una licitación, a efectos del recurso especial en materia de contratación, deben considerarse incluidos dentro del supuesto del artículo 310.2 «c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores» (Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 17/2011).

5. LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR

El art. 42 TRLCSP (antes 312 LCSP) reconoce legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación a «toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso». En todo caso se consideran legitimados los licitadores.

El concepto de «interés legítimo» exige, para que pueda considerarse que el mismo concurre, que la resolución administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre. No existiendo un interés propio de la recurrente derivado de la situación que denuncia, la misma no puede ser determinante de su legitimación (Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 290/2011).

La circunstancia apuntada cobra una especial significación en los supuestos en los que se recurre la resolución de adjudicación de un contrato por alguien que no ha participado en la licitación, alegando un hipotético vicio del Pliego, que no fue recurrido con anterioridad. En esos casos, la solución unánime viene siendo la declaración de falta de legitimación del recurrente. Así, en su Resolución nº 73/2011, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid declaraba que

«...aun cuando la empresa no había participado en la licitación, podría considerarse legitimada para interponer recurso especial contra el Pliego de Clausulas Administrativas por cuanto con su impugnación, en aquel momento, podía obtener un beneficio ante la perspectiva de participar en la licitación con un pliego que estableciese otros criterios de adjudicación...La empresa conocía perfectamente el contenido de los pliegos por lo que pudo haber interpuesto el recurso especial contra ellos y no lo hizo en aquel momento, sin que concurriese causa alguna que se lo impidiese,... Efectuada la adjudicación del contrato pretende su impugnación por razones íntimamente relacionadas con actos anteriores que han devenido firmes y consentidos ya que la causa invocada es la invalidez de los criterios de

adjudicación contenidos en el Pliego, que no recurrió en su momento, por lo que no procede la admisión del recurso interpuesto contra la adjudicación del contrato...».

Tampoco tiene legitimación un licitador excluido para recurrir la resolución de adjudicación, ya que ningún beneficio puede esperar de la estimación del recurso, pues en ningún caso puede ser adjudicatario. En tal supuesto, el recurrente no obtendría beneficio inmediato o cierto alguno, más allá de la satisfacción moral de que no se adjudique el contrato a otra empresa licitadora, lo cual no es suficiente, de ahí que deba considerarse que el recurrente carece de interés legítimo para recurrir puesto que no ostenta un interés concreto que se vaya a ver beneficiado por la eventual estimación del recurso (Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 237/2011)²⁸¹. Ahora bien, ante un supuesto similar del que conoció el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (Resolución 44/2011) el recurrente excluido alegaba como fundamento de su recurso contra la adjudicación la nulidad de pleno derecho del PCAP que sirvió de base a la adjudicación. Si fuera estimada dicha pretensión, razonaba el Tribunal de la Comunidad de Madrid, el recurrente podría obtener como beneficio la publicación de una nueva licitación a la cual podría presentar oferta ajustada a las condiciones del mismo. Por tanto, en ese caso entendió que el licitador excluido se encontraba legitimado para recurrir la Resolución de adjudicación del contrato (si bien el recurso sería posteriormente desestimado ya que el recurrente no impugnó en tiempo el Pliego, aceptando su clausulado al participar en la licitación, circunstancia que le impedía invocar la nulidad de algo que ha sido consentido).

5.1. Personas jurídicas

En el caso de las personas jurídicas que pretenden interponer un recurso especial en materia de contratación, a la hora de comprobar su legitimación activa para recurrir, los órganos competentes para la resolución del recurso deben comprobar que el interés que manifiestan en el recurso responde al ejercicio de funciones propias relacionadas con el objeto del recurso.

281. En un sentido similar se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 1973, Marcato/Comisión, 37/72, apartados 2 a 8, cuya doctrina ha recogido más recientemente la Sentencia de 9 de junio de 2011, C-401/09P, *Evropaiki Dynamiki*, apdo. 49: «...no procede admitir un motivo de anulación, por inexistencia de interés en ejercitar la acción, cuando, aun suponiendo que sea fundado, la anulación del acto impugnado sobre la base de tal motivo no podría satisfacer al demandante...».

Un primer supuesto que se ha planteado versa sobre el reconocimiento de legitimación para recurrir a un grupo político. En su Resolución nº 22/2011, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se la niega al considerar (tras analizar diferentes pronunciamientos jurisprudenciales), que la legitimación para impugnar la tienen los concejales a título individual y no el Grupo al que pertenecen, en razón a que dichos grupos ostentan personalidad jurídica en la actividad «interna corporis» de la Entidad Local pero no para una actividad externa como la procesal. Esa falta de legitimación «ad procesum» se completa con la constatación de la falta de legitimación «ad causam», al constatarse que el objeto del recurso no guardaba relación alguna con las funciones propias del Grupo político. Para el Tribunal, en ese caso, no se aprecia la existencia de interés legítimo en el grupo político recurrente, más allá del respeto a la legalidad vigente, sin que sea admisible el ejercicio de una acción pública en materia de contratación administrativa.

Un caso particular es el de la legitimación de las asociaciones o agrupaciones profesionales que, por vía de recurso, persiguen la defensa de los intereses de sus asociados. Respecto de las mismas se ha establecido de manera unánime que procede el reconocimiento de legitimación para interponer el recurso especial cuando el ámbito de actuación de dicha asociación profesional y su rama de actividad coinciden con los propios del objeto del contrato.

Algunos ejemplos de reconocimiento de legitimación para interponer recurso a asociaciones profesionales son los siguientes:

- la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines (ASEJA) para interponer recurso en relación con un contrato de servicios de mantenimiento de jardinería (Resolución Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid nº 89/2011),
- el Colegio de Arquitectos de Madrid, respecto de contratos que tenían por objeto la «Redacción de proyecto, construcción y explotación del Centro Deportivo Municipal Vallehermoso» (Resolución Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid nº 21/2011), la «Redacción de los proyectos básicos y de ejecución y dirección facultativa de arquitecto superior de las obras de edificación de las promociones integrantes del 6º Plan de Vivienda» (Resolución Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid nº 24/2011) y

la «Redacción de los proyectos básico del conjunto y ejecución para la 1ª fase y de asistencia técnica a la dirección de obra para la construcción de dicha 1ª fase del Nuevo Campus para el Instituto de Salud Carlos III en Sanchinarro (Madrid)» (Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 261/2011),

- la Confederación nacional de la Construcción en cuanto entre sus fines consta la defensa de los intereses comunes de las entidades asociadas, del ámbito de la construcción, que constituye la actividad objeto del contrato sometido al presente recurso (Resolución Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid nº 40/2011),
- la Cámara Oficial de Contratistas de Obras de Cataluña para interponer recurso contra el Pliego contrato de obras de ordenación y adecuación medioambiental del frente marítimo de Cunit, (Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 294/2011),
- la Cámara de contratistas de obra pública de la Región de Murcia, respecto del contrato de obras de construcción del Centro Integral de Servicios de una Mutua (Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 27/2011),
- la Asociación de Empresas de Seguridad privada integral (AESPI) para interponer recurso contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas particulares y de Prescripciones Técnicas para la contratación del servicio de vigilancia armado y de seguridad de las personas y bienes en la presa de Itoiz, (Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 29/2011, 188/2011 y 228/2011).

En cambio, no se ha reconocido legitimación cuando la actividad de la asociación empresarial no coincide con el objeto del contrato que pretende ser recurrido. Así sucedió en un supuesto que analizó la legitimación de una asociación empresarial representativa de intereses colectivos del sector servicios de Residencias para la Tercera Edad para interponer recurso contra un contrato cuyo objeto consistía en la prestación del servicio de ayuda a domicilio. En ese caso se entendió que la asociación empresarial carecía de legitimación activa para recurrir por cuanto su rama de actividad quedaba restringida a los servicios de residencia, y por la población destinataria, a la tercera edad, teniendo el concepto de ayuda a domicilio que constituía el objeto del contrato un alcance

diferente y más amplio, incluyendo a personas dependientes y servicios distintos a los de residencia (Resolución Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid nº 74/2011).

Junto a los casos anteriores, y también en relación con la legitimación de las personas jurídicas, en una ocasión fue cuestionada la de un licitador que pretendía recurrir unos pliegos, aun cuando el objeto social de la empresa recurrente no incluía la totalidad las prestaciones objeto del contrato. El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid no consideró suficiente tal circunstancia para negar la legitimación del recurrente dado que esa falta de capacidad para contratar siempre podía ser completada (llegado el caso) mediante su concurrencia en UTE (Resolución Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid nº 20/2011).

5.2. Representantes de trabajadores

En su Acuerdo nº 30/2011, el Tribunal Administrativo de Contratos públicos de Aragón analiza la legitimación para interponer el recurso de la Presidenta del Comité de Empresa (se trataba de la representación de los trabajadores de la empresa adjudicataria del servicio, que recurrían los Pliegos de la nueva licitación del servicio). El Tribunal, en ese caso, inadmite el recurso por falta de legitimación ya que el artículo 65.2 del Estatuto de los Trabajadores, reconoce al Comité de empresa capacidad, como órgano colegiado, para ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias, por decisión mayoritaria de sus miembros. Por lo tanto, en el supuesto de que existiera legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación, correspondería, en su caso, al Comité de Empresa, y no a su Presidenta. Además, concurría en ese supuesto un defecto en cuanto a la acreditación de la representación

«...Cabe entender que Dña. X, presenta su reclamación en representación del Comité de Empresa, puesto que como Presidenta de dicho Comité no está legitimada para ejercer acciones administrativas, pero aunque en el plazo que se le concede para la subsanación acredita su personalidad, el cargo que ostenta y las facultades de representación que tiene en razón del mismo, no aporta los documentos que acrediten que el Comité, único legitimado para ejercer acciones judiciales y administrativas, ha adoptado el acuerdo de interponer recurso especial contra el procedimiento de licitación...».

La legitimación de los representantes sindicales de los trabajadores para recurrir la adjudicación de un contrato se analiza en la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid nº 18/2011. En esa Resolución el Tribunal madrileño distin-

que (siguiendo la doctrina jurisprudencial) una primera legitimación abstracta o general de los sindicatos para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, y una exigencia adicional, relativa a la concurrencia de conexión entre la organización que recurre y la pretensión ejercitada. La falta de concurrencia de esta conexión lleva al Tribunal a inadmitir el recurso por falta de legitimación, ya que la organización sindical no acreditó que con la anulación de la adjudicación del contrato fuese a obtener un beneficio, o la desaparición de un perjuicio, ya que no se había impugnado la convocatoria del contrato, sino la adjudicación a una determinada empresa, y con ello no obtendría un beneficio dicha organización sindical, ni los empleados municipales, sino que la ventaja, en su caso, sería a favor de las empresas que participaron en el concurso y no resultaron adjudicatarias, que tendrían una nueva oportunidad.

En el mismo sentido se pronuncia la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 277/2011 que concluye que tanto la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Andalucía como un empleado de la actual adjudicataria del contrato carecen de la legitimación activa exigida para poder interponer recursos especiales en materia de contratación contra el Pliego de Prescripciones Técnicas que es objeto de los mismos, pues ninguno de los dos acreditan el efecto cierto (positivo o negativo, actual o futuro) que la anulación, en su caso, del acto impugnado (el Pliego) tendría para los mismos. Los recurrentes basaban su recurso en que el Pliego no contenía la obligación del adjudicatario del contrato de subrogarse en las relaciones laborales del adjudicatario anterior con sus trabajadores. El Tribunal recuerda que el concepto de interés legítimo no es equivalente al de interés por la legalidad, ya que aquél exige, para que pueda considerarse que el mismo concurre, que la resolución administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite. Y en ese caso,

«...la subrogación de la futura empresa adjudicataria del contrato con la Administración en los contratos laborales de la empresa que anteriormente venía ejecutando el contrato es una cuestión que, aun pudiendo ser incluida en los Pliegos como condición especial de ejecución del contrato, afecta a la esfera de las relaciones entre la nueva empresa contratista y los trabajadores de la anterior, debiendo tener lugar si así lo exige la legislación laboral vigente, por ser aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabaja-

res o, en su caso, los respectivos convenios colectivos, aunque guarden silencio en este punto, en su caso, los Pliegos aprobados por la Administración para regir la contratación. Por tanto, los trabajadores en cuyos derechos y obligaciones no se subrogue la nueva empresa contratista, en caso de ser procedente dicha sucesión conforme a las citadas normas (lo cual podría suceder incluso estando prevista la obligación correspondiente en los Pliegos), deberán hacerlos valer frente a esta última ante el Orden Jurisdiccional Social (de acuerdo con los artículos 9.5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y 1 y 2 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril) cuando efectivamente se tenga certeza de esa circunstancia, pero no en este momento a través de la impugnación de un Pliego que ni incorpora ni tampoco impide el cumplimiento de esa condición en caso de resultar exigible conforme a las normas laborales...».

5.3. Miembros de Uniones Temporales de Empresas por separado

Para el caso de la concurrencia de licitadores en Unión Temporal de Empresas, también se ha planteado la cuestión de si la legitimación para recurrir la tiene la UTE o cada una de las empresas que concurren agrupadas, de manera individual. En su Resolución nº 13/2011, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid concluye reconociendo la legitimación activa individual de cada uno de los miembros de la UTE. Para el citado Tribunal:

«...No es obstáculo para admitir la legitimación activa de los reclamantes el hecho de que presenten la reclamación por sí solos. Aún en el caso de que hubieran concurrido a la licitación con el compromiso de constituir una unión temporal de empresas, la obligación de nombrar un representante único para el ejercicio de los derechos y obligaciones derivados del contrato se refiere a la fase contractual de ejecución del contrato, donde una vez adjudicado el mismo se constituye la UTE. Sin embargo, ello no implica que con anterioridad las empresas que concurren en compromiso de UTE deban ejercer las acciones en vía de recurso conjuntamente. El sentido amplio que el artículo 312 de la LCSP da al concepto de legitimación permite entender que siempre que los derechos o intereses legítimos de una entidad resulten afectados por la resolución, incluso aunque sólo lo sean parcialmente, ésta resultará legitimada para interponer la reclamación...».

5.4. Usuarios de los servicios públicos que constituyen el objeto del contrato adjudicado

En una ocasión se planteó la cuestión de la legitimación de los usuarios de un servicio adjudicado a una empresa distinta de la que venía prestando el servicio con anterioridad. Se trata del caso resuelto por la Resolución 11/2011, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid, en el que, para dicho Tribunal,

«...resulta cuando menos cuestionable, que los usuarios de los servicios públicos se encuentren legitimados para plantear tanto la cuestión de nulidad como el

recurso especial en materia de contratación, de forma genérica y abstracta, invocando únicamente su condición de usuarios y sin acreditar que de la estimación o desestimación de sus pretensiones se derivaría un beneficio o perjuicio concreto para ellos. Tal acreditación exigiría como mínimo la determinación de aquéllos aspectos del objeto de impugnación que incidirían directamente en la calidad del servicio, sin que a tal efecto puedan considerarse aquellas alegaciones relativas a la vulneración de los principios de la contratación pública, respecto de las que se encontrarían legitimados los licitadores y aspirantes a serlo o colectivos que les agrupen o representen, únicamente. Lo contrario equivaldría a establecer una suerte de acción pública en relación con la contratación administrativa en salvaguarda de los principios que la presiden que no parece haber sido la voluntad del legislador al establecer un concepto amplio de legitimación...».

6. PLAZO DE PRESENTACIÓN DEL RECURSO

La interposición del recurso transcurrido el plazo previsto para ello es causa determinante de la inadmisión del recurso (Resoluciones Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid núms. 5/2011 y 10/2011). Según indica el art. 44.2 TRLCSP (antes art. 314.2 LCSP), la presentación del recurso debe realizarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado. ésta es la regla general, que en la práctica se reconduce a la impugnación de las Resoluciones de adjudicación de los contratos, y en ese sentido debe entenderse la referencia que contiene el propio art. 44.2 TRLCSP a que la notificación del acto impugnado se remita «...de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4» (precepto que regula, precisamente, la notificación de las Resoluciones de adjudicación). Sin embargo, el propio precepto indica luego algunas reglas especiales en cuanto al cómputo del plazo para interponer el recurso, en función del acto recurrido. Así,

a) Cuando el recurso se interponga contra 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 158 TRLCSP.

b) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra 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.

c) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de publicación.

6.1. El «dies a quo» para recurrir: «...desde el día siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado»

Lo cierto es que el primer dato que llama la atención en cuanto a la regulación del *dies a quo* «general» para la interposición de recurso especial en materia de contratación es la alteración de la regla prevista en la normativa sobre procedimiento administrativo común, al anticipar ese *dies a quo* al día siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado desde el día siguiente a aquél en que se reciba la notificación del acto impugnado que resulta del art. 48.4 LRJ-PAC. La cuestión ha sido objeto de tratamiento por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid en un par de Resoluciones (28/2011 y 41/2011), concluyendo la corrección y compatibilidad de tal previsión con el Derecho europeo de contratos públicos.

Así, señala el Tribunal de la Comunidad de Madrid «...Con carácter general para la determinación del día inicial del cómputo del plazo para el ejercicio de cualquier recurso o acción frente a las administraciones públicas, rige el principio de la *actio nata*, lo que implica el conocimiento del contenido del acto a recurrir. Dicho conocimiento se presume posible en todo caso cuando se trate de actos objeto de publicación, cuando la misma se produce, pero en el caso de actos dirigidos a sus destinatarios, tal momento se sitúa con carácter general en la recepción de la correspondiente notificación.

Sentado lo anterior cabe plantearse cómo debe interpretarse lo dispuesto en el artículo 314.2 LCSP (ahora art. 44.2 TRLCSP) y como coherente su contenido con el sistema general de notificaciones y recursos en el Derecho Español y lo que es más importante, con el derecho de defensa de los interesados en los procedimientos de contratación.

No podemos entender que haya habido laguna o que quepa interpretar el concepto «remisión», puesto que el hecho de que el cómputo de los plazos establecido con carácter general en el artículo 314.2 de la LCSP, difiera del de las especialidades contenidas en el mismo, refuerza la idea de la voluntad del legislador de establecer como día inicial del cómputo del plazo, el de la remisión de las notificaciones con independencia de la fecha de recepción de las mismas, por lo que ninguna duda ofrece desde la interpretación auténtica el sentido que debe darse a tal previsión.

No cabe tampoco una aplicación directa de la LRJ-PAC, en tanto en cuanto la LCSP constituye legislación especial frente a aquélla, aplicando el aforismo «*lex specilis derogat legi generali*». Por otro lado cabe

traer a colación el Dictamen 499/2010, de 29 de abril de 2010 del Consejo de Estado, relativo al proyecto de Ley de modificación de la LCSP, cuando señala que «Como se acaba de ver, la nueva redacción del primer párrafo del artículo 140.3 (y de forma análoga la redacción propuesta para el artículo 83.3 de la Ley 31/2007) establece, en relación con los contratos susceptibles de recurso especial, únicamente un plazo mínimo que en todo caso habrá de respetarse para que proceda la formalización del contrato. En concreto, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos.

Frente a esta opción, se ha señalado que pudiera resultar preferible la de atender a la fecha de recepción de la notificación por sus destinatarios, en la medida en que resulta más acorde con el sistema de notificación vigente en la Ley 30/1992 y también resulta preferible desde la perspectiva de la seguridad jurídica.

Lo cierto, sin embargo, es que este criterio –el de la remisión de la notificación– aparece expresamente recogido en el artículo 2 quáter de la Directiva 2007/66/CE. Desde esta perspectiva, nada hay que objetar a la previsión comentada, sin perjuicio de que debe precisarse que el cómputo de dicho plazo ha de iniciarse al día siguiente de la remisión. Por otra parte, hay que destacar que esta opción permite garantizar la simultaneidad de las notificaciones, lo que tiene importancia a efectos de la eventual interposición del recurso especial y de la ulterior formalización del contrato, ya que garantiza que, respecto de todos los licitadores y candidatos, se ha respetado el plazo mínimo exigido en la ley al ser único para todos ellos el *dies a quo*...».

6.2. Recurso contra Pliegos que se dan a conocer mediante su publicación electrónica

Como antes señalamos, existen reglas especiales para el cómputo del plazo dentro del cual debe interponerse el recurso especial contra determinados actos singulares. Una de esas reglas especiales afecta a los recursos que se hayan de interponer contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales. En tal caso, el cómputo del plazo de quince días hábiles 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.

La referencia que esta disposición hace al momento de recepción o puesta a disposición de los documentos para determinar el *dies a quo*

para interponer el recurso ha sido objeto ya de interpretación (uniforme) por parte de los órganos encargados de la resolución de los recursos, en especial, cuando se trataba de Pliegos y documentos que se daban a conocer mediante su publicación en el perfil de contratante.

Si el acceso a los pliegos se facilita por medios electrónicos, concretamente a través del perfil de contratante, y no consta que se haya hecho notificación expresa a la recurrente (en cuyo caso el plazo de 15 días hábiles comenzará a contar desde el día hábil siguiente a este momento), debe entenderse, «que el plazo de interposición del recurso no puede comenzar a computarse sino a partir de la fecha en que concluye el de presentación de las proposiciones por parte de los licitadores...Ante la imposibilidad de acreditar de forma fehaciente el momento a partir del cual los licitadores o candidatos han obtenido los pliegos cuando a éstos se acceda por medios electrónicos, la única solución es considerar como fecha a partir de la cuál comienza a computarse el plazo para recurrir los pliegos el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos». En este sentido se pronuncian, unánimemente como decíamos, las Resoluciones Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 27/2011, 228/2011 329/2011, 231/2011, 232/2011, 261/2011, 277/2011, 290/2011 y 336/2011, los Acuerdos Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón nº 19/2011, 25/2011 y 30/2011, y las Resoluciones Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid nº 1/2011, 4/2011, 38/2011, 40/2011, 55/2011, 66/2011, 73/2011 y 89/2011.

6.3. Recurso contra la exclusión del licitador

La exclusión de los licitadores, en tanto que actos de trámite «cualificado» que determina la imposibilidad de continuar en el procedimiento, resulta un acto susceptible de ser recurrido por la vía del recurso especial. En tal caso, el *dies a quo* para recurrir comienza a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción, según dispone el art. 44.2.b TRLCSP.

Sucede que la relación de licitadores excluidos se da a conocer en el primer acto público que celebran las mesas de contratación, conforme a lo dispuesto en el art. 82 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. La cuestión que surge entonces es si es a partir de ese momento cuando comienza el *dies a quo* para, eventual-

mente, interponer el recurso especial contra dicho acto de exclusión del licitador.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que si en dicho acto público en que se comunicó la exclusión no se encontraba presente la empresa excluida, no puede tomarse ese momento como *dies a quo* para interponer el recurso (así cabría deducirlo de la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid nº 36/2011). En caso de que el licitador haya concurrido a ese acto público, y sea allí cuando tenga conocimiento de su exclusión del procedimiento, habremos de tomar en consideración, para tomar ese momento como *dies a quo* para interponer el recurso, qué información se le comunica, de modo y manera que no resulta suficiente con comunicar la exclusión para que comience el cómputo del plazo para interponer recurso, sino que es preciso también que se comuniquen los motivos que justifican la exclusión, y hasta que el licitador no los conozca no puede iniciarse el cómputo del plazo. Así lo consideró el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid en su Resolución nº 70/2011:

«...Consta en el expediente que la Mesa de contratación procedió a informar verbalmente a los licitadores excluidos en la reunión del 24 de agosto y que la valoración técnica fue expuesta en el tablón de anuncios, pero no consta una notificación formal a los licitadores, con los requisitos del artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC).

... ni la LCSP ni las disposiciones reglamentarias obligan a la Mesa de contratación, sin perjuicio de que ello sea conveniente y pueda hacerlo, a notificar individualmente la exclusión a los interesados, indicando las causas de la misma, lo que permitiría que comenzará a contar el plazo para la interposición del recurso especial, desde que el interesado tuviera conocimiento de su exclusión.

En consecuencia, la actuación del órgano de contratación en este sentido ha sido correcta, en cuanto que según el expediente remitido a este Tribunal y se ha hecho constar al principio de este apartado, se ha informado verbalmente a los licitadores en el acto público de apertura de proposiciones económicas y se ha expuesto la valoración en los tabloneros de anuncios. Pero no reúne los requisitos legales para que tenga la consideración de notificación, pues no se ha practicado a los licitadores con el contenido que necesariamente debe de incluirse en ella, para que los mismos puedan interponer recurso suficientemente fundado ni se ha previsto este medio en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Interesa indicar en este punto que la Ley de Contratos del Sector Público en su artículo 135.4 impone expresamente al órgano de contratación la obligación de notificar la adjudicación no sólo a los candidatos descartados, sino también a los licitadores excluidos, con el propósito de que el licitador excluido pueda interponer recurso especial contra la adjudicación, incluyendo la información relativa a las

razones de inadmisión de las ofertas de los candidatos excluidos del procedimiento de adjudicación, en el acto de calificación de la documentación efectuado por la Mesa, lo cual evidentemente permite al citado licitador conocer las causas de su exclusión y por tanto impugnar la misma, comenzando el cómputo para interponer el recurso especial en materia de contratación.

La interpretación sistemática de los artículos 310.2.b), 314.2.b) y 135.4 obliga a concluir que la Ley 34/2010 ha establecido en la práctica dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de licitadores acordadas por las Mesas de Contratación: contra el acto de trámite, que puede interponerse a partir del día siguiente a aquél en que el interesado ha tenido conocimiento de la exclusión, y contra el acto de adjudicación, que puede interponerse en el plazo de quince días desde la notificación de la adjudicación de acuerdo con el artículo 314.2 LCSP, posibilidades que no son acumulativas sino que tienen carácter subsidiario, y así, si la Mesa de contratación notifica debidamente al licitador su exclusión del procedimiento el plazo contará desde el conocimiento de la exclusión; en cambio si no se notifica por la Mesa de contratación formalmente la exclusión, este puede impugnarla en el recurso que interponga contra el acto de adjudicación.

En este sentido se pronuncia la Circular 3/2010, de la Abogacía General del Estado, y este Tribunal con anterioridad, en Resoluciones entre las que cabe citar la 67/2011. Al efecto se recomienda por la Abogacía del Estado, y también lo comparte este Tribunal, que la exclusión de licitadores se acuerde de forma expresa y motivada, mediante resolución debidamente notificada a los interesados, con inclusión del correspondiente pie de recurso ajustado a lo dispuesto en el artículo 314 de la LCSP.

Como consta en el expediente, la Mesa de contratación procedió a informar verbalmente a los licitadores excluidos en la reunión del 24 de agosto y la valoración técnica fue expuesta en el tablón de anuncios, pero no consta una notificación formal a los licitadores, con los requisitos de los artículos 58 y 59 de la LRJ-PAC, por eso no puede producir los efectos que con relación al cómputo del plazo para la interposición del recurso contra los actos de trámite le atribuye la Ley, por lo que es admisible la impugnación de la exclusión a través del recurso interpuesto contra la adjudicación del contrato el cual, de acuerdo con lo establecido en el artículo 310.2.c) de la LCSP, es un acto recurrible...»

7. ANUNCIO PREVIO DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO AL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN

En el art. 44.1 TRLCSP (antes 314.1 LCSP) se recoge como requisito previo a la interposición del recurso especial en materia de contratación el anuncio del mismo, por escrito, al órgano de contratación cuya actuación se recurra. La finalidad de dicho anuncio es que el órgano de contratación sepa que contra su resolución, sea cual fuere esta, se va a interponer el pertinente recurso.

En varias ocasiones, la presentación de los recursos no ha ido precedida de este anuncio previo, planteándose entonces la cuestión de qué

consecuencias deben atribuirse a esa falta de anuncio previo del recurso al órgano de contratación. Lo cierto es que la respuesta a dicha cuestión ha sido unánime y reiterada por los diferentes órganos de recurso:

«...La falta de anuncio previo al órgano de contratación, se entiende subsanada por la presentación del recurso en el Registro del propio órgano de contratación que, a juicio de este Tribunal, y de acuerdo con el principio de eficacia procedimental, implicará la comunicación previa exigida...» (Acuerdos Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón nº 1/2011, 5/2011,6/2011, 9/2011,10/2011, 11/2011, 15/2011, 16/2011, 18/2011, 30/2011; Resoluciones Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid nº 40/2011, 63/2011, 69/2011, 80/2011 81/2011; Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 232/2011).

Idéntica solución se ha adoptado en los casos en los que el recurso no se presentaba en el Registro del órgano de contratación sino directamente en el del órgano competente para resolver el recurso. En esos casos,

«...la Ley de Contratos del Sector Público obliga al órgano encargado de resolverlo a notificarlo en el mismo día al órgano de contratación y, en consecuencia, el conocimiento por parte de éste es inmediato y anterior, en todo caso, al inicio del plazo de dos días para la emisión del correspondiente informe» (Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 27/2011, y en el mismo sentido, Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid nº 40/2011).

8. LUGAR DE PRESENTACIÓN DEL RECURSO

Tal y como indica el art. 44.3 TRLCSP (antes 314.3 LCSP tras Ley 34/2010), «la presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso». Esta previsión supone una especialidad respecto de la regla contenida en el art. 38.4 LRJ-PAC respecto de los lugares de presentación de escritos dirigidos a la Administración, «justificada por la necesidad de conciliar la articulación de un recurso eficaz con un sistema que paralice el menor tiempo posible la celebración del contrato» (Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid nº 7/2011).

La presentación de recursos en lugares distintos de los señalados ha dado lugar en varias ocasiones a su inadmisión por el órgano competente para su resolución. Así ha sucedido en varias ocasiones, por ejemplo, cuando la presentación del recurso se realizó en oficinas de correos, siendo unánime el tratamiento que han recibido estos casos por los diferentes órganos de recurso: «...aun cuando la fecha de presentación en

dicha oficina estaba dentro del plazo para interponer recurso, dicha fecha no computa en el procedimiento de recurso en materia de contratación, de carácter especial, por su propia naturaleza...» (Acuerdos Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón nº 11/2011, 12/2011 y 21/2011); «...el cómputo del plazo de presentación del recurso no puede hacerse desde la fecha de presentación en la oficina de Correos, pues como una especialidad en la tramitación de este recurso especial, establece el artículo 314.3 de la LCSP que la presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso. Por tanto, a partir de la entrada en cualquiera de estos registros es a partir de cuándo ha de entenderse interpuesto el recurso...» (Resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid nº 63/2011 y 28/2011 –en este último caso se presentó ya fuera de plazo en Correos–).

No obstante lo anterior, si a pesar de haber presentado el recurso en un lugar distinto a los indicados por el art. 44.3 TRLCSP, el recurso tuviese entrada en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso antes de que finalizara el plazo para su interposición, no procedería su inadmisión (Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid nº 63/2011).

9. CONTENIDO DEL ESCRITO DE RECURSO Y DOCUMENTACIÓN QUE DEBE ACOMPAÑARSE AL MISMO

En el escrito de interposición del recurso debe hacerse constar el acto recurrido, el motivo que fundamente el recurso, los medios de prueba de que pretenda valerse el recurrente y, en su caso, las medidas de la misma naturaleza que las mencionadas en el artículo anterior, cuya adopción solicite. Así lo indica el art. 44.4 TRLCSP (antes 314.4 LCSP tras Ley 34/2010), que, al igual que el art. 110 LRJ-PAC exige que en la interposición del recurso se exprese, por cuanto respecta al objeto del mismo, el acto que se recurre y la razón de su impugnación. Sobre el alcance de este requisito, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo nº 27/2011, concluyó que «...debe interpretarse de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que aplicando el principio antiformalista y el de tutela judicial efectiva, deben interpretarse los requisitos formales en el sentido más favorable a la admisibilidad del recurso, y por lo tanto, entender que no es necesario invocar el concreto precepto legal infringido para que resulte admisible el re-

curso... Para que prospere un recurso especial en materia de contratación, no es necesario por tanto que exista un concreto precepto legal o reglamento infringido, sino que basta con que el Tribunal pueda apreciar en el procedimiento una actuación que haya dado lugar a discriminación entre los licitadores y exista una pretensión del recurrente compatible con la finalidad del recurso, que resulta evidente del escrito, al solicitar la anulación del acto recurrido y una nueva propuesta de adjudicación...».

El mismo apartado 4 del art. 44 TRLCSP indica la documentación que debe acompañarse junto con el escrito de recurso:

a. El documento que acredite la representación del compareciente, 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.

Aunque expresamente se indica que dichos documentos deben acompañar al escrito de interposición del recurso, el apartado 5 del art. 44 TRLCSP contempla la posibilidad de subsanación en un plazo también especial de tres días hábiles (frente al plazo general de subsanación de diez días contemplado en el art. 71.1 LRJ-PAC), quedando suspendida la tramitación del expediente en tanto no se produzca tal subsanación. No obstante, el trámite de subsanación debe coordinarse con el de economía procesal, de modo que, concurriendo alguna causa de inadmisión del recurso (por ejemplo, por tratarse de un acto no susceptible de recurso), no procede requerir la subsanación de la documentación (solución adoptada por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid en su Resolución 42/2011, donde no quedaba acreditado ni la representación ni constaba la firma original del representante).

La no subsanación de las deficiencias de la documentación a requerimiento del órgano competente para la resolución del recurso tiene como consecuencia, en aplicación del art. 71.1 LRJ-PAC, tener al recurrente por desistido de su petición.

9.1. Poder de representación

La acreditación de la representación del compareciente (por cuenta de la entidad recurrente) ha suscitado diversos pronunciamientos de los órganos de recurso. La representación para interponer recursos, de conformidad con el art. 32 LRJ-PAC, «deberá acreditarse por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado», sin que sea posible otorgar efectos sustitutivos a las autorizaciones realizadas a favor de terceras personas por los verdaderos representantes (Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón nº 9/2011), o, en el caso de sociedades de capital, la ratificación de las actuaciones por parte del Secretario del Consejo de Administración (Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid nº 79/2011).

Siendo una cuestión subsanable, la ausencia de documento que acredite la representación debe considerarse como un vicio que impide la válida continuación del procedimiento, dando lugar en consecuencia a considerar desistido en su petición al recurrente (Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 268/2011, Acuerdo Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón nº 9/2011 y Resoluciones Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid nº 2/2011, 76/2011 y 79/2011).

Una primera cuestión que se ha planteado en relación con el poder de representación ha sido la del alcance de las facultades de representación que ha de contemplar el documento que la acredite. En este sentido, el apoderamiento aportado junto al recurso ha de comprender específicamente la facultad de entablar recursos por cuenta del representado. El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid, en su Resolución nº 20/2011, consideró insuficiente un apoderamiento general para todo tipo de actuaciones que autorizaba para la realización de actos de mera administración, para concurrir a los contratos públicos (tomar parte en subastas, contratos administrativos de todo tipo y objeto) y para otorgar poderes para pleitos a letrados y procuradores, careciendo del poder específico para la concreta actuación de ejercicio de acciones de todo tipo (representación específica para interponer

recursos en nombre del representado). En un sentido similar, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución nº 268/2011, concluía la falta de representación para interponer recurso a la vista de que la escritura de apoderamiento que aportaba la recurrente le facultaba para «Firmar con cualesquiera organismos tanto oficiales como privados (...) todo tipo de licitaciones que tenga por conveniente, en los términos y demás condiciones que libremente determine, pudiendo aportar y retirar todo tipo de documentación administrativa y técnica que fuere preciso para efectuar cualquiera licitaciones (...)», sin incluir entre sus facultades la de interponer recursos o reclamaciones en representación de la recurrente.

En segundo lugar, el documento que acredite la representación del recurrente por parte del compareciente debe tener una fecha anterior a la presentación del recurso. De la presentación de un poder de representación con una fecha posterior a la de presentación del recurso derivaría la falta de representación, y por tanto, el recurso debería ser inadmitido. No procedería en tal caso la subsanación, ya que, como señalara el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid en su Resolución 39/2011, «...tal facultad se refiere exclusivamente a los defectos y omisiones en la propia documentación no en el contenido material de la misma. La subsanación no puede referirse a condiciones de que no se poseyeran en el momento de presentación del recurso. Es decir, la representación debe existir con anterioridad a la fecha en que se interpone el recurso pues su existencia no es subsanable, solo lo es su acreditación. Puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado y no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable...La carencia de representación debe considerarse como un vicio que impide la iniciación del procedimiento. Procede, por tanto, inadmitir el recurso por carecer el firmante de la representación necesaria...».

No obstante lo anterior, el propio Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid, en su Resolución nº 38/2011 admitió un poder de representación con fecha posterior a la de presentación del recurso dado que en aquél caso el plazo para la interposición del recurso no había concluido en el momento de presentación del poder, por lo que, a juicio del citado órgano, «...puede considerarse que la presentación del poder para el recurso concreto interpuesto, ratifica dentro de plazo la voluntad de la empresa, manifestada a través de quien tiene poder para ello de interponer el correspondiente recurso...».

9.2. Escritos ampliatorios de un recurso presentado

En alguna ocasión se ha debido calificar la naturaleza y efectos de unos documentos presentados por los recurrentes o sus representantes con posterioridad a la presentación del recurso, los cuales tenían por objeto la ampliación de las alegaciones contenidas en el escrito de recurso. El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo nº 19/2011, admitió la presentación de dichos escritos, aun cuando ampliaban las alegaciones del anterior, fijando como límite infranqueable que esos escritos «ampliatorios» se presentasen dentro del plazo establecido para la interposición del recurso.

9.3. Lengua del procedimiento

Con carácter general, los interesados tienen derecho a «utilizar las lenguas oficiales en el territorio de su Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo previsto en la LRJ-PAC». Ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón fueron presentados en una ocasión, como anexos al escrito de recurso, numerosos documentos en inglés. Sobre la posibilidad de utilizar una lengua distinta del castellano dicho Tribunal concluyó en su Acuerdo 23/2011 que la documentación presentada en un idioma extranjero tiene que ser necesariamente traducida al castellano para su envío al Tribunal (aunque en esa ocasión dicha traducción no fue requerida, al no ser necesaria para la resolución del caso concreto planteado).

10. AUDIENCIA A LOS INTERESADOS

La tramitación del recurso contempla un trámite de audiencia a los interesados en el que estos podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes. En este sentido, el art. 46.3 TRLCSP dispone que «dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso, se dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones...».

Aun cuando el precepto no lo indica expresamente, parece que el órgano competente para impulsar ese trámite de audiencia es el órgano encargado de resolverlo. A ello conduciría una interpretación sistemática tanto de todo el art. 46 TRLCSP («Tramitación del procedimiento»), que sí que se refiere expresamente a dicho órgano en sus apartados 2, 4 y 5, como del propio apartado 3, que, a renglón seguido, señala que de manera simultánea «...decidirá, en el plazo de cinco días hábiles, acerca

de las medidas cautelares...», siendo precisamente el órgano competente para resolver el recurso el órgano competente para adoptar dichas medidas (Cfr. art. 43 TRLCSP). No obstante, en alguna ocasión el órgano competente para resolver el recurso ha decidido no impulsar un nuevo trámite de audiencia a los interesados y, por razones de celeridad y de economía procedimental, «convalidar» los trámites de audiencia impulsados por el órgano de contratación cuya actuación había sido recurrida (Resoluciones Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid núms. 15/2011 y 23/2011).

En cuanto al objeto de este trámite de audiencia, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 84 LRJ-PAC, su impulso obedece a que los interesados puedan presentar en el mismo alegaciones sobre los extremos incluidos en el recurso presentado, así como presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes. Por lo tanto, como ha señalado el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid en su Resolución 14/2011, «...el trámite de alegaciones no es adecuado para articular pretensiones no contempladas en el texto del recurso como si se tratara de una reconvencción...».

Tampoco pueden ser admitidas como «alegaciones» los «escritos de adhesión al recurso presentado por otros licitadores». La adhesión significa sumarse al recurso formulado por otra parte, cooperar, ayudar, sumar o reforzar argumentos a las pretensiones de un recurso, sin que tienda a resultados distintos o contrapuestos que supondrían un nuevo recurso cuando el derecho a ejercitarlo ha caducado. En este sentido, para el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid, «...el trámite de alegaciones no es el adecuado para articular pretensiones no contempladas en el texto del recurso ni permite abrir un nuevo plazo para recurrir un acto consentido al no haberse interpuesto el recurso en plazo. Ello es así aún en el supuesto de que las alegaciones se encontrasen íntimamente ligadas al objeto del recurso, pues de hacerlo supondría la admisión de un nuevo recurso, interpuesto por uno de los licitadores que dejó transcurrir el tiempo sin haberlo hecho y sin observar el plazo que para su interposición se establece. No puede, por lo tanto, utilizarse el trámite de alegaciones previsto para la resolución de un recurso para plantear otro. La pretendida adhesión al recurso en la fase de alegaciones debe ser rechazada pues los recurrentes no formularon el oportuno recurso contra la resolución de exclusión, aquietándose con la misma, siendo, su impugnación por la vía de adhesión, contradictoria con el recurso principal, improcedente y extemporánea» (Cfr. Resolución n° 9/2011).

11. LA TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Los procedimientos de recursos especiales en materia de contratación suelen terminar por medio de una Resolución. Normalmente una que entra en el fondo del asunto controvertido. Sin embargo, han existido supuestos en los que los órganos de recurso no han tenido que abordar en las Resoluciones de los recursos las cuestiones materiales planteadas por los recurrentes.

11.1. Desistimiento del recurso

En varias ocasiones los recurrentes han presentado posteriormente escritos de desistimiento (Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón nº 28/2011, Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 294/2011). Para tales supuestos, y aún cuando la normativa reguladora del procedimiento de recurso especial en materia de contratación no prevé el desistimiento del recurrente como forma de terminación del procedimiento, los órganos de recurso vienen aplicando subsidiariamente el art. 91.2 LRJ-PAC:

«La Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia, y declarará concluso el procedimiento salvo que, habiéndose personado en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento».

11.2. Allanamiento de la parte recurrida

En otros casos, los informes de los órganos recurridos se allanaban a los argumentos de los recurrentes, por lo que el órgano competente para resolver estimó el recurso (Acuerdo Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón nº 6/2011, Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 336/2011). Señalaba el Tribunal Central al respecto en esta Resolución citada que «...ni el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, ni la Ley 30/1992, de 26 de noviembre aplicable de modo supletorio en esta materia, prevén como modo de terminación del procedimiento el reconocimiento de las pretensiones del recurrente después de que el recurso haya sido interpuesto, pero antes de su resolución. Sin embargo, es evidente que debe aceptarse como uno de los modos de terminar el procedimiento de recurso, recogiendo, así en este ámbito, la opción prevista para el de la jurisdicción contencioso administrativa, en el artículo 76 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la misma, de conformidad con el cual si, interpuesto recurso contencioso-administrativo, la Administración demandada reconociese totalmente en vía administrativa las pre-

tensiones del demandante, el Juez o Tribunal dictará auto en el que declarará terminado el procedimiento y ordenará el archivo del recurso, si el reconocimiento no infringiera manifiestamente el ordenamiento jurídico. El reconocimiento de las pretensiones del recurrente, que lleva a la Administración a modificar el acto impugnado en el sentido promovido por éste último, debe producir, sin lugar a dudas, la terminación del procedimiento de recurso. Y ello, porque independientemente de si consideramos que el objeto del recurso es el acto recurrido o de si entendemos que lo es la pretensión del recurrente, es preciso admitir que el recurso deviene imposible al carecer de uno de los elementos esenciales para su interposición, tramitación y resolución cual es el objeto del mismo, bien sea porque el acto impugnado ha dejado de ser tal como era en el momento de la impugnación, bien porque la pretensión de que se modifique todo o parte del mismo carece ya de fundamento por haber sido aceptada por la administración autora del mismo...».

11.3. La desaparición del objeto del recurso en el momento de la resolución

Curioso resulta sin embargo un supuesto resuelto por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resolución nº 292/2011). Se trataba de un recurso interpuesto contra un Pliego de cláusulas administrativas particulares, acto, en principio, susceptible de ser recurrido. Sin embargo, afirma el Tribunal Central, «la aceptación de que el recurso ha sido interpuesto contra acto *inicialmente* susceptible de recurso en esta vía no debe evitar que analicemos si en el momento de dictar esta resolución continúa siendo posible la interposición de recurso contra él».

Resulta que, con antelación al momento en el que el Tribunal debía haber resuelto el recurso, el órgano de contratación acordó desistir del procedimiento de adjudicación. Tal circunstancia, entiende el Tribunal, «...no hace posible resolver sobre el fondo de la cuestión planteada en este recurso habida cuenta de que ha desaparecido el objeto del recurso. Se trata por consiguiente de un supuesto en el que el previo acuerdo de desistimiento del procedimiento de adjudicación adoptado por el órgano de contratación respecto del expediente aquí impugnado *ha hecho desaparecer el objeto del recurso dando lugar a la inadmisión del mismo...*».

Varias cosas nos sorprenden en esta Resolución. La primera, que abiertamente se reconozca que inicialmente no había problema para admitir el recurso, y luego se declare la inadmisión del mismo (y no la estimación del mismo). La segunda, el hecho de que el Tribunal Central

haga depender su decisión de resolver el recurso de que la posible infracción alegada en el recurso subsista en el momento de resolver, y no de si esa infracción existía en el momento de la interposición del recurso. A nuestro juicio no es esta una forma correcta de actuar, ya que los órganos de recurso deben centrarse en determinar si el vicio alegado por el recurrente existe en el momento de interponerse el recurso, dejando al margen las actuaciones del órgano cuya actuación se recurra posteriores al momento de interposición del recurso, aun cuando tiendan a hacer desaparecer el objeto del recurso o a la subsanación del vicio alegado por el recurrente. En consecuencia, entendemos que en estos supuestos, el desistimiento del contrato con posterioridad a la interposición de un recurso no debería impedir que el órgano de recurso examinara la infracción alegada por el recurrente y, en su caso, estimar el recurso interpuesto. En otro caso, el órgano de recurso estaría dando por buena la actuación de un órgano de contratación que, ante un eventual recurso, siempre podría dar «marcha atrás», desistiendo de la convocatoria del procedimiento, o corrigiendo el contenido del acto recurrido dictando uno nuevo, haciendo de esta manera que desaparezca el objeto del recurso, y garantizándose de esa manera la posterior inadmisión del mismo.

12. MULTAS POR TEMERIDAD O MALA FE EN LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

Una de las novedades introducidas en la regulación del recurso especial en materia de contratación es la posibilidad, contemplada en el art. 47.5 TRLCSP (antes art. 317.5 LCSP tras Ley 34/2010) de que el órgano competente para la resolución del recurso pueda acordar la imposición de una multa cuando aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares. No ha resultado muy frecuente la imposición de multas a los licitadores que con la presentación de su recurso o la solicitud de medidas cautelares hayan puesto de manifiesto su temeridad o mala fe. La apreciación de la concurrencia de mala fe o temeridad a efectos de la imposición de las multas es cuestión que viene confiada al prudente arbitrio de los órganos de recurso en función de la resistencia del recurrente a seguir los reiterados pronunciamientos de la jurisprudencia sobre el tema debatido, o manifestando una oposición carente de argumentos. En este sentido, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su Resolución nº 20/2011 tiene establecido que la estimación, al menos parcial, de las pretensiones del recurrente impide apreciar temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

No obstante, podemos encontrar algunos ejemplos de imposición de multas a los licitadores. El primero lo encontramos en el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón nº 11/2011. Se trataba de un supuesto en el que a todas las empresas, incluida la recurrente, se les concedió un plazo de cinco días para subsanación, remitiéndoles un fax en el que, respecto de cada licitador, se hacía constar la documentación a subsanar. El último día de plazo para la subsanación, no habiendo sido recibida documentación alguna por parte de la empresa posteriormente recurrente, la Secretaria de la mesa de contratación llamó por teléfono, siendo desviada su llamada hacia una persona que manifestó su desconocimiento sobre el anterior requerimiento de subsanación, y solicitó se le enviara nuevamente el requerimiento, lo que fue efectuado por la Secretaria de la mesa de contratación.

El caso es que el envío de un segundo fax de requerimiento no fue acompañado –no podía serlo– de una ampliación del plazo de subsanación, por lo que la empresa no pudo presentar, antes de que finalizara dicho plazo, la documentación requerida, motivo por el cual, consecuentemente, resultó excluida de la licitación. El caso es que el recurso, planteado contra esa exclusión se fundaba en la circunstancia de que no hubo tiempo material para recopilar la documentación requerida, que aunque se presentó fuera de plazo, se hizo con anterioridad a que la Mesa de contratación se reuniese para valorar las subsanaciones de todos los licitadores y que «no consta en la empresa la solicitud de subsanación hasta el día 1 de junio (segundo requerimiento)».

La empresa, en la justificación del recurso, acompañó como única documentación el segundo fax, conociendo de la existencia del primero, pretendiendo así ocultar su clara falta de diligencia en la organización empresarial. Para el Tribunal aragonés «...esta pretensión, amén del reproche que desde una ética empresarial merece, implica una clara deslealtad y abuso del principio de buena fe, exigible a todas las partes en un procedimiento de licitación, por lo que este Tribunal aprecia una evidente mala fe en la interposición del recurso, acordando por ello, en atención a lo dispuesto en el artículo 317.5 LCSP, la imposición de una multa a la recurrente de 1.000 euros, por cuanto se entiende que hay una clara intención de confundir al Tribunal con los datos aportados, produciendo retrasos en la tramitación del contrato con los correspondientes perjuicios a la entidad licitadora...».

Un segundo caso de imposición de multas lo encontramos en la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contrac-

tuales nº 321/2011²⁸². En aquél caso, el Tribunal aprecia la existencia de mala fe por «...la vaguedad de las argumentaciones de los escritos de recurso de ambas recurrentes, que no cuestionan ningún error del procedimiento,..., porque no prueban en absoluto ninguna de sus afirmaciones sobre discriminación o falta de trato igual a todos los licitadores...», circunstancias de las cuales concluye el Tribunal que «... el único sentido que cabe deducir de los dos escritos de recurso que se están analizando es el de paralizar el procedimiento de adjudicación y con ello ampliar el plazo de vigencia de sus actuales contratos». En cuanto a la cuantía de la multa, el Tribunal la fijó en aquel caso en 3.000 para cada una de las recurrentes.

13. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN. RECURSOS PROCEDENTES CONTRA LA RESOLUCIÓN DE UN RECURSO ESPECIAL

Una última cuestión, dentro de este bloque dedicado a los aspectos formales del recurso especial en materia de contratación pública, es la relativa a los efectos de la resolución que pone fin al procedimiento de recurso. Según el art. 49.2 TRLCSP (antes 319.2 LCSP tras Ley 34/2010), la resolución será directamente ejecutiva, pudiendo hacerse uso, en su caso, del apremio sobre el patrimonio como medio de ejecución forzosa.

En principio, queda excluida la posibilidad de interponer recursos administrativos contra la resolución del recurso especial. Así podría deducirse del apartado 1 del artículo 49 TRLCSP, que dispone que «contra la resolución dictada en este procedimiento sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo...», lo cual excluye, por ejemplo, la posibilidad de interponer un nuevo recurso especial contra la Resolución de un recurso especial planteado con anterioridad. En este sentido se han pronunciado algunos órganos encargados de la resolución de recursos:

«...El recurso se ha interpuesto contra la resolución de un recurso especial en materia de contratación dictada por este Tribunal, que al amparo de la normativa vigente pone fin a la vía administrativa. Contra ella cabe recurso contencioso-administrativo» (Resolución Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid nº 51/2011).

«...sólo cabe contra la misma recurso contencioso administrativo, a interponer en el plazo de dos meses desde el día siguiente al de la notificación de la mencionada Orden, no procediendo por este motivo la admisión a trámite de la reclama-

282. En su Memoria de actuaciones 2011, el Tribunal Administrativo Central señala que «... en tres casos se ha impuesto multa económica al recurrente por temeridad o mala fe».

ción presentada...» (Acuerdo Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón nº 12/2011).

Sin embargo, diversas resoluciones de órganos consultivos han matizado la interpretación anterior, admitiendo la interposición de algún recurso administrativo contra la Resolución de un recurso especial. Así, las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales núms. 149, 150 y 151/2011, y la del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid nº 83/2011 (ésta última se apoya en el Dictamen 661/2011, de 30 de noviembre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid) han admitido la posibilidad de interponer recurso extraordinario de revisión (arts. 108 y 118 LRJ-PAC) contra la Resolución de un recurso especial en materia de contratación. Ambos Tribunales sustentan sus opiniones en el hecho de que la remisión que efectúa el artículo 316.1 de la LCSP (ahora art. 46.1 TRLCSP) a la LRJ-PAC en cuanto al procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación permite entender aplicable el artículo 118 LRJ-PAC a las resoluciones dictadas por el mismo, y por tanto concluye que contra sus resoluciones cabe la interposición de recurso extraordinario de revisión.

El recurso extraordinario de revisión únicamente procederá cuando se den alguna de las causas establecidas en el art. 118 LRJ-PAC: a) Que al dictar la Resolución del recurso se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente; b) Que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida; c) Que en la resolución del recurso hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anterior o posterior a aquella resolución; o d) Que la resolución se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme). El recurso extraordinario de revisión se interpondrá ante el órgano que hubiese dictado la Resolución del recurso especial a revisar, dentro del plazo de cuatro años siguientes a la fecha de notificación de la resolución impugnada, cuando se trate de la causa a), o en el plazo de tres meses a contar desde el conocimiento de los documentos o desde que la sentencia judicial quedó firme, en los restantes casos. El mismo órgano que dictó la Resolución objeto de revisión será el competente para la resolución de este recurso de revisión.

En relación con las posibilidades de revisión de las Resoluciones de

los recursos especiales en materia de contratación debe apuntarse aquí la improcedencia de utilizar la revisión de oficio regulada en el artículo 34 TRLCSP y en el Capítulo I del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Esta prohibición de revisión de oficio comprende no sólo las resoluciones de los recursos sino que comprende todos los actos dictados por los órganos competentes en materia de recurso (cfr. art. 49.1 pfo. 2 TRLCSP). En ejercicio de las facultades de regularizar, aclarar y armonizar inherentes a la delegación al Gobierno para la elaboración del Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público (Disposición final trigésima segunda de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible), se incluyó un inciso final en el segundo párrafo del art. 49.1. TRLCSP que supone además la exclusión de los actos de los órganos competentes para conocer de los recursos especiales en materia de contratación del ámbito de fiscalización de los órganos de control interno de las Administraciones a que cada uno de ellos se encuentre adscrito.

Como antes se apuntaba, contra la resolución del recurso especial cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo. Este recurso podrá interponerlo tanto las Administraciones públicas como los particulares sin necesidad, en el primer caso, de declaración de lesividad (art. 19.4 LJ). Debe recordarse que, en estos casos de planteamiento de recurso contencioso administrativo contra la resolución de un recurso especial en materia de contratación pública, el órgano que la haya dictado no tendrá la consideración de parte demandada en el proceso. En tales casos actuarán como parte demandada, tal y como indica el art. 21.3 LJ «las personas o Administraciones favorecidas por el acto objeto del recurso, o que se personen en tal concepto, conforme a lo dispuesto en el artículo 49 LJ».

Del recurso contencioso-administrativo conocerá la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente, cuando se trate de recursos en materia de contratación relacionados con contratos incluidos en el ámbito competencial de la respectiva Comunidad Autónoma o de las Corporaciones locales, o cuando el recurso se plantee contra resoluciones dictadas por los Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales (todavía no constituidos) (arts. 10.1.k y .l LJ). Si se trata de recursos contencioso administrativos que se planteen contra resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (siempre que no versen sobre contratos incluidos en el ámbito competencial de la respectiva Comunidad Autónoma o de las Corporaciones locales) el órgano competente para conocer de los mismos será la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (art. 11.1.f LJ).

VI. LA DOCTRINA DE LOS ÓRGANOS DE RECURSO. ASPECTOS MATERIALES O DE FONDO DEL RECURSO

En este apartado abordamos el análisis de algunas Resoluciones que, a lo largo de 2011, dictaron los órganos de recurso especial en relación con cuestiones «de fondo» o sustantivas. Para una mejor comprensión, las Resoluciones han sido sistematizadas en tres grandes bloques. El primer grupo de Resoluciones se refiere a cuestiones que traen causa de recursos presentados contra Pliegos de cláusulas administrativas particulares o de prescripciones técnicas; un segundo grupo se refiere a la doctrina sentada al hilo de recursos presentados contra la adjudicación de contratos públicos; y por último, el tercer bloque, reúne un grupo heterogéneo de cuestiones relacionadas con el procedimiento de adjudicación, la obligación de subrogación de los trabajadores o la solicitud de aclaraciones por parte de los órganos de contratación, entre otras.

1. LOS PLIEGOS QUE HAN DE REGIR LA ADJUDICACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Un primer bloque de cuestiones analizadas se encuentran relacionadas con la interpretación de determinadas cláusulas incluidas en los Pliegos o documentos que rigen la adjudicación y posterior ejecución del contrato. Antes de abordar esas cuestiones, hay que advertir que los diferentes órganos de recurso han adoptado como criterio no entrar a conocer de hipotéticos vicios de los Pliegos o la documentación que rige la adjudicación del contrato cuando se alegan con posterioridad a la presentación de las proposiciones por los licitadores. En este sentido, en alguna ocasión se ha dicho que los Pliegos constituyen la ley del contrato y, por tanto, deben respetarse los criterios fijados en los mismos si fueron libremente aceptados por los licitadores que no los impugnaron, y no se trata de un supuesto de nulidad de pleno derecho. En estos casos, cuando los Pliegos no son impugnados en el momento procesal oportuno «debe considerarse que se trata de actos consentidos a cuya observancia deben sujetarse los licitadores y sobre cuya validez no pueden pronunciarse los órganos de recurso en virtud del principio de congruencia, al no observarse la presencia de vicios determinantes de la nulidad radical del PCAP» (Resolución Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid nº 80/2011).

1.1. Aptitud para contratar. Personalidad jurídica y capacidad para contratar

De conformidad con lo dispuesto en el art. 54 TRLCSP, para contra-

tar con el sector público resulta necesario acreditar determinadas circunstancias que demuestren la aptitud del licitador. Así, señala el referido precepto que «sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas».

1.1.1. *Capacidad de obrar de las Uniones Temporales de Empresarios*

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid tuvo que analizar la cuestión de cómo determinar la capacidad de obrar en el caso de que varios licitadores concurrieran en unión temporal de empresarios (UTE). Por su relación con esta cuestión debe recordarse la existencia de un pronunciamiento previo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares, que en su informe 11/2008, de 30 de abril, señaló que cuando a un contrato concurren varias empresas en unión temporal se ha de comprobar que *entre todas las que integren la UTE se cubre la totalidad de las prestaciones que integran el objeto del contrato* porque todas tienen relación con las prestaciones que integran el objeto del contrato ya sea parcial o totalmente.

El Tribunal madrileño, en su Resolución nº 14/2011 conoce de un recurso contra la adjudicación de un contrato cuyo objeto incluye prestaciones de vigilancia y seguridad y otras de personal auxiliar de control. Debe recordarse que las funciones de vigilancia y seguridad están reservadas en exclusiva a las empresas de seguridad, y que éstas empresas únicamente pueden ejercer los servicios que enumera la Ley de Seguridad Privada considerados como de seguridad. No resulta posible que una misma empresa de seguridad incluya en su objeto social la realización de funciones de auxiliares de control, pues son prestaciones incompatibles con las de seguridad porque la regulación legal impide tanto a la empresa como a sus trabajadores Vigilantes de Seguridad la realización de tales funciones. Por tanto, concluye el Tribunal, desde la misma aprobación del PCAP «...solo las empresas de seguridad en colaboración con empresas de servicios podían optar a la adjudicación del mismo...». A su vez, la colaboración con empresas de servicios estaba limitada, por cuanto el propio PCAP prohibía expresamente la subcontratación, luego la única posibilidad de concurrir a la licitación se encontraba avocada al compromiso de constitución de una UTE, requisito que no cumplía

la adjudicataria, o de lo contrario no contarían con capacidad para la realización de la actividad o prestación que constituye el objeto del contrato. A la vista de la documentación aportada por la adjudicataria, se comprobó que su objeto social no abarcaba la totalidad de las prestaciones que pedían los Pliegos, no estando capacitada para la ejecución del contrato... De lo que se concluye que la empresa adjudicataria no debió ser admitida ya que no se encontraba dentro de su ámbito de actividad la prestación de una parte de los servicios requeridos en el objeto del contrato por no darse la relación directa que exige la Ley y el PCAP entre la actividad y el objeto del contrato. Procede, por tanto, señaló el Tribunal, la estimación de la pretensión formulada a este respecto por las recurrentes y la anulación de la adjudicación.

1.1.2. *Capacidad de varios licitadores que concurren con el compromiso de constituir una sociedad futura*

Distinto supuesto es el abordado por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo nº 18/2011. En este caso, para la presentación de su propuesta, el licitador utilizó una fórmula singular, la concurrencia con otros con el compromiso de constituir una sociedad futura, siendo excluido por la Mesa de contratación al considerar que se trataba de una «...sociedad limitada en constitución carente de personalidad jurídica...», circunstancia que motivó la interposición del recurso. El Tribunal recuerda que esa forma se encuentra expresamente admitida para concurrir a la licitación de contratos de concesión de obra pública (como era el caso, en el art. art. 46.2 LCSP), por lo que procede la anulación del acto de exclusión adoptado.

Sin embargo, el Tribunal aragonés va un poco más allá, y entra a analizar las reglas de capacidad y solvencia aplicables a la concurrencia individual o conjunta con otros con el compromiso de constituir una futura sociedad titular de la concesión. Reproducimos por su interés el Fundamento Jurídico quinto del Acuerdo:

«...El hecho de que esta posibilidad se recoja en el artículo 46. 2 LCSP bajo la rúbrica «Normas especiales de capacidad» no puede suponer dejar de aplicar las reglas generales de capacidad y solvencia contenidas en el Libro I, Título II, capítulo II de la LCSP, en lo que no se opongan a la norma especial. En este sentido es incuestionable, en contra de los que sostiene la recurrente, que la Ley exige, en la lógica del propio contrato de concesión de obra pública y sus especialidades, que los licitadores sean empresas, personas físicas o jurídicas, que cuenten con la habilitación empresarial o profesional exigible a los empresarios que quieran contratar con el sector público, como expresamente exige el artículo 46 LCSP. Por ello no son aplicables en la contratación pública las reglas de capacidad del Código Civil, como pretende la recurrente.

A juicio de este Tribunal el recurrente confunde la posibilidad que la LCSP ofrece de conformar una forma jurídica *ad hoc* independiente posteriormente a la adjudicación, así como la opción de integración de solvencia con medios externos (ex artículo 52 LCSP), con la obligación de que, en todo caso, se cumplan por quienes pretenden estas fórmulas organizativas las reglas de capacidad y solvencia, pues solo así se garantiza la idoneidad del eventual adjudicatario del contrato y el correcto funcionamiento de la comparación de ofertas para decidir la económicamente más ventajosa.

En cuanto a la adecuación y suficiencia de la solvencia económica y técnica acreditada por la recurrente debe señalarse, en primer lugar, que no existe, ni en la LCSP ni en su normativa de desarrollo, una regulación específica sobre la integración de la solvencia de los empresarios que concurren bajo esta fórmula, como sí sucede en el caso de las Uniones Temporales de Empresarios. Resulta evidente que, como ya se ha señalado, la ausencia de personalidad jurídica de la licitadora determina que quienes contraten realmente sean sus empresarios integrantes, de manera que no solo los requisitos de capacidad de obrar y habilitación empresarial o profesional debe ser directamente exigibles a cada uno de los integrantes, sino también la solvencia y la ausencia de prohibiciones de contratar. Por ello, resultaría adecuada la aplicación analógica del contenido del artículo 24.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), –que no ha sido derogado expresamente por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP, ni es contrario a sus previsiones– cuando dispone que «en las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 de este Reglamento, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento».

Esta aplicación analógica conlleva, en un supuesto como el que nos ocupa, que cada uno de los integrantes de la futura sociedad concesionaria deban acreditar, además de su capacidad de obrar y habilitación empresarial, la solvencia económica y técnica exigida, aplicándose la regla de acumulación señalada, que en todo caso exige la acreditación por todos y cada uno de ellos de algún tipo de solvencia para que pueda acumularse la misma...».

El Tribunal aragonés termina poniendo de manifiesto una peculiar circunstancia que pone en relación la solvencia de los miembros de la UTE y el porcentaje de participación de aquellos en ésta:

«...Hay que señalar en este punto que la legislación vigente no exige un porcentaje mínimo de participación de las empresas en la futura sociedad para proceder a la acumulación de su solvencia, como sí se prevé en las UTEs respecto de la acumulación de la clasificación (regla restrictiva que no puede extenderse a otros medios distintos de ésta), por lo que –sin perjuicio de la insatisfacción que la actual regulación en este punto provoca a este Tribunal, al tenerse que admitir en ocasiones solvencias garantizadas por empresarios con un mínimo porcentaje de participación en la figura final– las consideraciones sobre los porcentajes de partici-

pación de los integrantes de la futura sociedad realizadas por la Mesa de contratación devienen en irrelevantes...».

1.2. Requisitos de solvencia

Para celebrar contratos con el sector público, los empresarios deben acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación, requisito que será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible.

1.2.1. *Incompatibilidad del requisito de la clasificación con la exigencia adicional de requisitos de solvencia*

La mencionada prescripción, contenida en el art. 62 TRLCSP determina, en primer lugar, una incompatibilidad entre el requisito de la clasificación empresarial y la exigencia de requisitos adicionales de solvencia. Así lo han determinado en varias ocasiones los órganos de recurso especial, por ejemplo, Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid o el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

El primero de ellos, en su Resolución nº 23/2011 declaró que «...la exigencia de forma acumulativa de requisitos de solvencia y clasificación a los licitadores en el PCAP, es contraria a lo establecido en la LCSP». Se trataba de un supuesto de un contrato de obras de valor estimado superior a 350.000 (que exigía, por tanto, que los licitadores tuviesen clasificación) en el que el Pliego exigía además una determinada solvencia técnica o profesional que debía acreditarse mediante una relación de obras ejecutadas en el curso de los cinco últimos años, avalada por certificados de buena ejecución para las más importantes (Sin embargo el Tribunal no anula el Pliego pues el objeto del recurso era la exclusión de un licitador, y no el Pliego).

Por su parte, en su Resolución nº 130/2011 (cuyo criterio reitera en la posterior nº 228/2011), el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales anula la cláusula contenida en un Pliego por la que se valoraba, como criterio de adjudicación, la concertación de un seguro de responsabilidad civil, alegando que con tal exigencia se pretendía reforzar la garantía definitiva. El Tribunal concluye que si la clasificación sustituye la acreditación de solvencia «... es evidente que la referencia a la posibilidad de exigir medios adicionales para su acreditación cuando sea exigible la clasificación no es posible desde el punto de vista legal...». En consecuencia, «...no cabe exigir la suscripción de pólizas de seguro

que tengan como finalidad acreditar la solvencia financiera o económica de las empresas en aquellos casos en que sea legalmente exigible la clasificación».

1.2.2. *Medios de acreditación de solvencia y niveles mínimos exigidos para la ejecución del contrato*

Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato (art. 62.2 TRLCSP). Por cuanto se refiere a esos niveles mínimos de solvencia, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón puso de manifiesto en su Acuerdo nº 18/2011 un defecto bastante recurrente en los Pliegos. El órgano de contratación, a la hora de tramitar el expediente, debe fijar de forma clara y coherente estos criterios de capacidad, justificando su elección y determinando la forma documental para su concreta acreditación. Se trata éste de un trámite importante, afirma el Tribunal aragonés, resaltando la existencia en el expediente tratado de ciertas incongruencias por falta de concreción: «Así por ejemplo, para acreditar la solvencia económica, financiera y técnica del futuro concesionario se indican los medios, pero no se han concretado los criterios de selección que precisen, con la proporcionalidad adecuada, el nivel mínimo de solvencia económica y técnica que se considera suficiente para la futura ejecución contractual».

1.2.3. *Objetividad de los criterios de solvencia*

A la hora de determinar los requisitos de solvencia, los órganos de contratación deben velar porque éstos sean objetivos (relacionados con el objeto del contrato) y proporcionados. En relación con la objetividad de los criterios de solvencia, podemos traer a colación el análisis realizado por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo nº 2/2011, de 6 de abril, sobre los criterios exigidos para la contratación del servicio de Asistencia Técnica al Consorcio «Candidatura Juegos Olímpicos Zaragoza-Pirineos 2022», que tenía por objeto la realización de estudios, análisis e informes técnicos necesarios relacionados con la candidatura. El Tribunal llega a la conclusión, de que algunos de los requisitos de solvencia establecidos no guardan relación con el objeto del contrato. A título de ejemplo, afirma el Tribunal aragonés:

«...El medio de acreditación de solvencia, relativo a «haber realizado como mínimo un Plan de Ordenación o trabajo similar de ámbito territorial, valorándose especialmente aquellos cuyo ámbito de actuación sea un área de montaña» se considera inadecuado por su indefinición y no se acredita su vinculación al objeto del

contrato, ni la proporcionalidad del mismo. Máxime cuando la valoración no es posible en fase de acreditación de solvencia (al no utilizarse el procedimiento restringido).

...En cuanto a «disponer de experiencia en la elaboración de estudios de desarrollo urbano en la ciudad de Zaragoza», no puede considerarse vinculado al objeto del contrato, pues el desarrollo urbano de Zaragoza es equivalente al de cualquier otra ciudad de su mismo tamaño y perfil...

...La necesidad de «acreditar experiencia en las relaciones con federaciones internacionales de deportes de invierno», justificada en que los responsables olímpicos y federativos serán interlocutores habituales durante la preparación de la candidatura y el momento de su venta, no resulta vinculada al objeto del contrato... como expresamente se declara en la cláusula 3 del Pliego de prescripciones técnicas, no es objeto de los trabajos la redacción de los documentos de candidatura, sino el apoyo mediante informes sectoriales que puedan servir para la elaboración de la documentación exigida en cada una de las fases, no correspondiendo a una oficina técnica de apoyo la interlocución con esos responsables. En todo caso, la exigencia es desproporcionada, ya que no se alcanza a comprender la especialidad de las federaciones internacionales de deportes de invierno frente a la de otras modalidades deportivas...».

En consecuencia, el Tribunal estima el recurso interpuesto contra el Pliego, declarando la invalidez de los criterios de solvencia, anulan los mismos y ordena su modificación.

1.2.4. *Proporcionalidad de los requisitos de solvencia*

Con respecto a la proporcionalidad de los requisitos de solvencia establecidos con el objeto del contrato, diversas Resoluciones de órganos de recurso han entrado a analizar este requisito, concluyendo en varias ocasiones la desproporción existente entre los criterios de solvencia exigidos y los necesarios para ejecutar el contrato.

Así, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, consideró desproporcionado que, en un contrato para la ejecución de viviendas protegidas, el Pliego exigiera como requisito de solvencia demostrar haber proyectado al menos 3 veces el número de viviendas del lote del contrato al que se optara (Resolución nº 24/2011). En la misma línea, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución nº 228/2011 entendió desproporcionada una cláusula incluida en un contrato de seguridad según la cual «los licitadores deberán contar en su plantilla con, al menos, cien vigilantes de seguridad en posesión de la licencia de armas tipo C con número de tarjeta de identificación profesional en la Comunidad Foral de Navarra». Esta exigencia, declaraba el Tribunal central, «...equivale a requerir que todas las empresas que quieran participar en la licitación tengan ya, con

anterioridad a la presentación de solicitudes, un mínimo de 100 vigilantes con licencia de armas tipo C trabajando en Navarra. Si bien es cierto que la ejecución del contrato exigirá que los trabajadores de la empresa adjudicataria que vayan a desarrollarlo cuenten con todos los permisos y autorizaciones que exija toda la normativa de seguridad vigente en la Comunidad Foral de Navarra, para ello no es necesario que se disponga de las autorizaciones exigidas antes de la presentación de solicitudes. Pero es que además, en el caso analizado por el Tribunal central, no solo se exigía que cualquier empresa que quisiera licitar dispusiese de vigilantes con permiso de armas tipo C con tarjeta de identificación profesional de la Comunidad Foral de Navarra antes de la fecha de presentación de solicitudes, sino que se requería disponer ese momento de un mínimo de 100 trabajadores en plantilla con ese requisito, cuando el número de vigilantes requeridos para cumplir el objeto del contrato era, según el pliego, de seis...».

1.3. Los criterios de adjudicación

Uno de los contenidos más importantes de los Pliegos de los contratos públicos son los criterios de adjudicación. En relación con los mismos, diferentes órganos de recurso han manifestado en varias resoluciones que su función en relación con los mismos es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico del que valora los distintos criterios de adjudicación, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable (Acuerdos del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón núms. 13/2011 y 14/2011 y 27/2011). Este mismo criterio es igualmente defendido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 176/2011, de 29 de junio, donde advierte que cuando se tratan cuestiones que evalúan criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. En definitiva, la función de los órganos de recurso en relación con los criterios de adjudicación consiste en comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, respetado los principios de la contratación, y que, no existiendo un error material, la valoración se ajusta a los cánones de la discrecionalidad técnica y existe motivación adecuada y suficiente.

1.3.1. La forma de valorar los criterios de adjudicación

Los criterios de adjudicación, su ponderación y la forma en que su

valoración se llevará a cabo, deben hacerse constar expresamente en el Pliego. En sus Acuerdos núms. 3/2011, 23/2011 y 24/2011, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón señaló que la falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento, indicados en el pliego, y exigida por el artículo 134 LCSP, es una infracción grave (añadiendo además en el Acuerdo nº 23/2011»...calificable como vicio de nulidad de pleno derecho...») que afecta a los fines mismos del ordenamiento jurídico de la contratación pública, explicitados en el artículo 1 LCSP, el de garantizar los principios de «publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato de los candidatos...la ausencia de valoración de los criterios objetivos de adjudicación, en este procedimiento, afecta a los derechos de todos los licitadores. Y no, exclusivamente, al recurrente y al adjudicatario».

Como ha recordado Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, la previa concreción de los criterios de adjudicación es un requisito esencial, pues una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o sub-criterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores. Esta doctrina fue aplicada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución nº 301/2011 a un supuesto en el que el Pliego señalaba únicamente que el criterio de adjudicación «aspectos técnicos» tendría una ponderación de 15 puntos. El Tribunal señala en este caso que la falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento –por cuanto no se concretan las características técnicas de las ofertas ni los aspectos de los productos a valorar–, indicados en el pliego, y exigida por el artículo 134 de la LCSP, es una infracción grave que afecta a los fines mismos del ordenamiento jurídico de la contratación pública. La ausencia de valoración de los criterios objetivos de adjudicación afecta a los derechos de todos los licitadores y procede por tanto declarar su nulidad para que se expliciten, para los aspectos técnicos, las características que se utilizarán para valorar las ofertas de los licitadores.

1.3.2. *Orden en que han de valorarse los criterios de adjudicación*

En un par de ocasiones se ha planteado ante los órganos de recurso la cuestión del orden en que han de valorarse los criterios de adjudica-

ción. Recordemos a este respecto que una de las novedades introducidas por la LCSP en 2007, y hoy recogida en el art. 150.2 TRLCSP, fue la expresa declaración de que la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas debe realizarse tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia. Como afirmara el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo nº 1/2011, la finalidad última del sistema adoptado para la apertura de la documentación, que constituye la base de la valoración en dos momentos temporales, es mantener, en la medida de lo posible, la máxima objetividad en la valoración de los criterios que no dependen de la aplicación de una fórmula, evitando que el conocimiento de la valoración pueda influenciar en uno u otro sentido tal valoración.

En su Resolución nº 78/2011 el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid analiza una cláusula de valoración de los criterios de adjudicación del siguiente tenor:

«...De los criterios objetivos establecidos anteriormente, se valoraran en una primera fase los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, siendo necesario para que la proposición pueda ser valorada en la fase decisoria una puntuación mínima de 50 % del total otorgado en cada uno de los lotes que vayan a operar en la fase de valoración...».

El Tribunal observa que esta cláusula no es acorde, en cuanto al orden a seguir en la valoración de los criterios de adjudicación, con lo dispuesto en los artículos 135 de la LCSP (hoy art. 150 TRLCSP), y 30 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada ley (no obstante, dado que el contenido de los Pliegos no era el objeto del recurso, esta irregularidad no es tomada en cuenta por el Tribunal para adoptar su Resolución).

1.3.3. *La comunicación previa del resultado de la valoración de los criterios no cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas*

El artículo 134.2 *in fine* LCSP (150.2 *in fine* TRLCSP) dispone que «la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello». La LCSP ordena que la valoración subjetiva se haga en primer lugar para evitar que influya en el criterio de los evaluadores los resultados que arrojen la aplicación de las reglas automáticas de valoración.

En su Resolución nº 196/2011 el Tribunal Administrativo Central

de Recursos Contractuales desestima un recurso fundado por el recurrente en la infracción de dicha regla, ya que la Mesa de contratación no dio lectura del resultado de la valoración de los criterios no cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas en el acto público en el que se procedió a la apertura de los sobres en los que se contenían los criterios sí cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. El Tribunal entiende que tal actuación de la Mesa no es contraria al art. 134.2 LCSP.

«...porque el artículo 134.2 in fine de la LCSP sólo exige que exista constancia documental sobre el hecho de que la valoración subjetiva se realice con anterioridad al acto público de apertura de ofertas económicas la finalidad que se persigue por el artículo 134.2 de la LCSP es que los resultados de la aplicación de las reglas automáticas de valoración no influyan en el criterio de los evaluadores a la hora de efectuar la valoración de los criterios subjetivos. Esta finalidad se cumple siempre que dicha valoración se realice antes de la apertura de la oferta económica y ello resulte acreditado documentalmente. El hecho de que se dé lectura o no al resultado de la valoración de los criterios subjetivos, no supone ninguna infracción, ni siquiera una mera irregularidad respecto a lo dispuesto en el mencionado artículo 134.2 in fine de la LCSP, ya que, como decimos, la mera constancia documental que acredite que tal valoración ha tenido lugar con carácter previo al acto de apertura de ofertas económicas supone dar cumplimiento, tanto al tenor literal del citado precepto, como a la finalidad que se persigue por el mismo».

1.3.4. *Criterios de adjudicación inadmisibles*

Diversas Resoluciones de órganos de recurso se han centrado en el análisis de la admisibilidad de algunos criterios de adjudicación incluidos en los Pliegos de cláusulas administrativas de los contratos.

En su Resolución nº 40/2011, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se muestra disconforme con la posibilidad de tomar en consideración la «mayor aportación económica a la promoción» como criterio para la adjudicación de un contrato de «Ejecución de obras de construcción de edificio destinado a 92 viviendas con protección pública de precio limitado (VPPL), garajes y trasteros en las Parcelas 5-6 del PAU-4 Móstoles– Sur». Según establecía el Pliego, la aportación consistiría en «una cantidad determinada que oscilará para ser valorada entre el 5% y el 20% del presupuesto de licitación, es decir entre 454.208,18 y 1.816.832,74 ». En la misma cláusula se indicaba que la cantidad en metálico recibida por el IMSM sería reintegrada al adjudicatario en el momento de la firma del acta de recepción de obra. De la redacción de tal cláusula del pliego se extrae que, además de ser objeto de valoración, dicha cantidad respondería de la realización de la obra, puesto que solo sería devuelta cuando se firmara el acta de recepción

de la obra en las condiciones establecidas en el pliego, lo que la identifica con el concepto de garantía.

Considera el Tribunal de Contratos de la Comunidad de Madrid que el depósito de una cantidad en metálico por parte del adjudicatario, que además luego tiene que devolverse, nada tiene que ver con el desarrollo del contrato, ni la calidad del resultado del mismo, más allá de constituirse en una suerte de garantía, que no sería un criterio valorable o en una forma de financiación de la obra. Por lo tanto, concluye que, no guardando tal criterio la vinculación directa que exige el artículo 134 de la LCSP con el objeto del contrato, su previsión no es ajustada a derecho.

El mismo Tribunal de la Comunidad de Madrid apunta en sus Resoluciones núms. 80/2011 y 88/2011 algunas observaciones a tener en cuenta cuando se establezca la «calidad» como criterio para la adjudicación de un contrato público:

«...En todo caso debe señalarse con carácter previo, que aunque sea posible establecer como criterio de adjudicación determinadas características atinentes a la calidad de la oferta, partiendo del cumplimiento mínimo de las prescripciones técnicas previstas en el PPT, es preciso que tales características se expongan en el PCAP y se atribuya a las mismas una puntuación baremada. Se observa que en este caso que el PCAP, como decimos, se limita a atribuir una puntuación en función de la calidad media del producto, sin establecer de forma clara, ni las características del producto a tener en cuenta, ni qué debe considerarse calidad media del mismo, ni un baremo de puntuación desglosado para cada característica. Ello reduce el grado de transparencia en la adjudicación al no desglosar suficientemente la puntuación que corresponde otorgar en la valoración del criterio, tal como en un caso semejante señaló la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en su Informe 2/2002, de 5 de junio».

Por su parte, el Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales analiza la vinculación con el objeto de un contrato de «servicios de vigilancia no armada y seguridad, servicios de mantenimiento de cámaras y servicios auxiliares complementarios» del criterio «tenencia de un centro de formación del personal por parte del licitador» previsto en el Pliego de cláusulas Administrativas. En sus Resoluciones núms. 130/2011 y 228/2011 señala el Tribunal que «... además de que la circunstancia de la tenencia o no de un centro de formación del personal por parte del licitador el requisito de estar directamente vinculadas al objeto del contrato...el hecho de valorar con mayor puntuación que el centro de formación sea de la titularidad de la empresa licitadora o simplemente lo tenga a su disposición en virtud de algún otro título jurídico, es absolutamente irrelevante para la prestación del servicio y no debe valorarse como criterio de adjudicación».

2. LAS RESOLUCIONES DE ADJUDICACIÓN. EN ESPECIAL, LA CUESTIÓN DE SU MOTIVACIÓN

La reforma operada por la Ley 34/2010 tuvo una especial incidencia en el art. 135 LCSP (hoy art. 151 TRLCSP) por cuanto, en el apartado 4 de dicho precepto se exige que

«...La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.

La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.

En particular expresará los siguientes extremos:

a. En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.

b. Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.

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...»

La determinación del alcance de esta obligación de motivación de las resoluciones de adjudicación de los contratos públicos ha sido una constante en diferentes Resoluciones de los órganos de recursos contractuales, y de una manera destacada en las del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que incluso ha incluido un estudio sobre esta cuestión en su memoria anual de 2011, en el que como conclusión final recomienda a los órganos de contratación

«...notificar individualmente y de forma motivada los actos de trámite que supongan la exclusión del procedimiento de un licitador e incluir en las notificaciones de los actos de adjudicación el informe de valoración en que se ha basado dicho acto, informe que debería incluir no solo la somera asignación de puntos a cada uno de los criterios previstos, sino también, aunque sea, una breve explicación de las razones que han llevado a otorgar una puntuación concreta o a excluir a un licitador»²⁸³.

La doctrina sentada por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en relación con la motivación de las Resoluciones de adjudicación de los contratos públicos podría resu-

283. La Memoria se encuentra disponible para su descarga desde <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3DMEMORIA+TACPCM+2011+web.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1310874243111&ssbinary=true>

mirse del siguiente modo²⁸⁴. En primer lugar, no puede considerarse motivada una resolución de adjudicación que contiene únicamente la referencia a la empresa adjudicataria, el importe de adjudicación y un cuadro resumen con el precio ofertado por cada licitador, la puntuación obtenido por precio, puntuación en el informe técnico y la puntuación total obtenida (Resolución 34/2011). Tampoco cumple con el requisito de la motivación una resolución de adjudicación a la que se acompaña un anexo con la puntuación obtenida en la valoración de los criterios por las empresas y por la adjudicataria y la justificación de su desempate con otra empresa licitadora, sin que conste la justificación de la puntuación otorgada a la oferta de la empresa recurrente en relación con los criterios de adjudicación, ni las ventajas de la proposición del adjudicatario determinante de que haya sido seleccionada la oferta de este, con preferencia a las de los restantes licitadores cuyas ofertas fueron admitidas. (Resolución 35/2011). Ni tampoco una resolución de adjudicación en la que únicamente se motiva indicando respecto del adjudicatario el precio de adjudicación y las mejoras ofrecidas y aceptadas y respecto de todos los licitadores la puntuación global obtenida en los criterios técnicos subjetivos, la global obtenida en los criterios técnicos objetivos, en la oferta económica y por el sistema de gestión ambiental, pero no se motiva la asignación de puntos en cada uno de los criterios ni el precio ofertado por cada uno de los licitadores (Resolución 63/2011). En otra ocasión, la resolución de adjudicación únicamente indicaba como motivación que «la oferta seleccionada cumple con la prescripciones técnicas, siendo además la oferta con mayor puntuación, una vez aplicados los criterios señalados en el apartado 8 del Anexo I del Pliego de cláusulas Administrativas particulares (total obtenido: 90 pun-

284. En cuanto a los actos de trámite cualificados (principalmente la exclusión), la Ley de Contratos del Sector Público, no obliga a la Mesa de contratación, sin perjuicio de que ello sea conveniente y pueda hacerlo, a notificar individualmente la exclusión a los interesados, indicando las causas de la misma. Sin embargo, de no contener el acto de exclusión una argumentación siquiera sea somera respecto de las causas de exclusión del licitador (no siendo suficiente con comunicar a una empresa que no ha superado la primera fase decisoria, sin especificar motivo (Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid nº 52/2011), ello deja abierta la posibilidad de recurso contra la misma hasta el momento en que se notifica el acto de adjudicación en el que sí se debe dar cuenta de tales causas de exclusión. Efectivamente del juego de los artículos 341.2 y 135.4 de la LCSP debe considerarse que el plazo para recurrir comienza a contar desde que el acto es notificado siempre que se reúnan los requisitos legales para que la comunicación de la exclusión tenga la consideración de notificación, en concreto, para que los licitadores excluidos puedan interponer recurso suficientemente fundado sin que se les genere indefensión.

tos –criterio precio: 60 puntos, criterio características técnicas: 30 puntos)», resumiendo en una línea los motivos de exclusión de otras tres empresas, considerándose que en tal caso la motivación ofrecida carecía la información necesaria para dar cumplimiento a la exigencia legal (Resolución 57/2011). Con carácter general, la ponderación en términos numéricos de las propuestas, sin detallar al menos un resumen de los motivos concretos por los que se asigna cada puntuación, es inadmisibles por carecer de motivación.

La motivación exige la expresión clara de los fundamentos de hecho en que se sustenta la justificación jurídica de su decisión. Es cierto que motivar no supone una explicación exhaustiva o sumamente detallada, bastando una explicación sucinta o que queden acreditados los fundamentos de la resolución a efectos de su control posterior en relación a su adecuación al fin perseguido por los mismos, pudiendo incluso realizarse por referencia a documentos obrantes en el expediente administrativo (Resolución 16/2011). Efectivamente la normativa reguladora de la contratación pública no establece directamente que se deba llevar a cabo una fundamentación y motivación profunda al proceder a la adjudicación de los contratos, pero la necesaria exigencia de la ponderación de los criterios que indica el pliego de condiciones implica una motivación, que será recogida en la resolución de adjudicación, bien incluyéndola dentro de esta resolución, bien mediante remisión al correspondiente acta de la mesa de contratación o a los correspondientes informes técnicos que se hayan tenido en cuenta por la mesa de contratación (Resolución 8/2011).

Interesante resulta, por otra parte la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid nº 61/2011 en la que se concluye que esta obligación de motivar la decisión de adjudicación de un contrato se proyecta incluso sobre contratos que no entran dentro del ámbito de aplicación de la LCSP (ahora el TRLCSP), sino que su adjudicación se regula en la Ley 31/2007:

«... En relación con los contratos en el ámbito de los sectores especiales, los arts. 83 y 83 de la Ley 31/2007 no contienen las determinaciones exigidas en el artículo 135.4 de la LCSP respecto de la notificación de los contratos de su ámbito de aplicación que fueron introducidas por la ley 34/2010, de 5 de agosto. Sin embargo y en relación con dicha notificación, los contratos sometidos a la LCAETSP están informados por el principio de transparencia según el artículo 19 de esta Ley, consistiendo el objeto de la notificación en informar al licitador sobre los causas que han motivado su exclusión para que pueda ejercitar sus derechos ante la Administración o ante los Tribunales de Justicia y en este caso para interponer la Reclamación a que se refieren los artículos 101 y siguientes de la LCAETSP

(TACP Madrid 61/2011). En el contenido de ambos artículos y en relación con la notificación motivada de la adjudicación se observa contradicción ya que el art 83 no exige la solicitud previa por escrito del licitador, lo que sí parece desprenderse de la redacción del artículo 84.3, tanto respecto de la notificación de exclusión de la oferta como en relación con la seleccionada. Atendiendo al tenor literal de la Ley, la empresa Abantia debía haber solicitado por escrito los motivos del rechazo de su oferta, lo que no realizó, al contrario que otras de las otras empresas excluidas, de conformidad con lo previsto en la Ley por lo que no cabe alegar indefensión. No obstante, el Tribunal considera imprescindible citar el criterio teleológico en la interpretación de las normas recogido en el artículo 3.1 del Código Civil, al decir que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo, fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllos». En este caso hay que interpretar el sentido de los artículos 83 y 84.3 de LCAETSP de acuerdo con el espíritu de la Directiva 2007/CE, de 11 de diciembre, que modifica las Directivas 89/65 CE, de 21 de diciembre y la Directiva 92/13, de 25 de febrero, así como el espíritu de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que incorpora el contenido de dicha Directiva a la Ley 30/2007 y Ley 31 /2007, de 30 de octubre, que tiene, entre otras finalidades, la nueva regulación del contenido de las notificaciones como señala su Preámbulo. En este contexto y con los antecedentes legislativos citados el Tribunal entiende que en la notificación de la exclusión debería informarse de la posibilidad de solicitar aclaración sobre la motivación de la exclusión que prevé el artículo 84.3 de la LCAETSP para que el licitador excluido pueda presentar la Reclamación con la información necesaria para hacerlo de manera fundada. En conclusión, se considera que el órgano de contratación en las notificaciones ha seguido el régimen especial establecido al respecto en la LCAETSP, por lo que no se puede considerar vulnerada la normativa, no obstante el Tribunal reitera su observación sobre la conveniencia de indicar en dichas notificaciones la forma de obtener la información sobre las causas de su rechazo o facilitando directamente dicha información. Esta actuación podría evitar la interposición de reclamaciones al permitir al licitador, a la vista de la justificación del órgano de contratación de los motivos de exclusión, reconsiderar la viabilidad de su reclamación evitando trámites y costes innecesarios...».

3. OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS

3.1. El procedimiento negociado

Una de las Resoluciones a nuestro juicio más importantes del 2011 es la del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales nº 50/2011. Versa dicha Resolución sobre un supuesto de utilización del procedimiento negociado, y en la misma el Tribunal Central, luego de analizar los requisitos de la negociación (elemento característico de estos procedimientos) y constatar su inexistencia en el caso planteado, concluye con la anulación de la adjudicación y la retroacción de las actuaciones hasta el momento de la negociación. Por su interés reproducimos íntegramente el Fundamento de Derecho quinto de la Resolución:

«... Quinto. Con carácter previo conviene exponer las normas concretas reguladoras del procedimiento negociado, con especial referencia a la negociación del contrato. Así, en el artículo 135.3 de la Ley de Contratos del Sector Público se advierte que en los procedimientos negociados la adjudicación concretará y fijará los términos definitivos del contrato, señalándose en el artículo 153.1 que en el procedimiento negociado la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos. A continuación el artículo 160, bajo el epígrafe delimitación de la materia objeto de negociación, dispone que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se determinarán los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas. Por último el artículo 162 de la citada Ley, que se refiere a la negociación de los términos del contrato, en su apartado 3 describe las reglas que se seguirán durante la negociación y en el apartado 4 indica que los órganos de contratación negociarán con los licitadores las ofertas que éstos hayan presentado para adaptarlas a los requisitos indicados en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en el anuncio de licitación, en su caso, y en los posibles documentos complementarios, con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa. De toda la negociación se dejará constancia en el expediente advierte el apartado 5.

De lo anterior resulta claro que el elemento diferenciador del procedimiento negociado, respecto de los procedimientos abierto y restringido, es que mientras en éstos no es posible negociar la propuesta presentada por el licitador, en el procedimiento negociado se exige la negociación, debiendo de fijarse previamente en el pliego y, en su caso, en el anuncio cual será el objeto de la negociación, o como señala el artículo 160 de la Ley de Contratos del Sector Público los aspectos económicos y técnicos que hayan de ser objeto de negociación.

Por otro lado, con carácter general debe afirmarse que en el procedimiento negociado no existe una licitación en sentido estricto como existe en el procedimiento abierto, ya que las ofertas a que se refiere el artículo 162 de la Ley de Contratos del Sector Público, no son equiparables a las proposiciones del artículo 129 de la citada Ley, entre otras razones y como fundamental, porque el precio u oferta económica es uno de los elementos, en el expediente de referencia el único, que debe de ser objeto de negociación sin que pueda quedar fijado con carácter inalterable en la oferta a diferencia de lo que ocurre en las proposiciones.

Por lo que aquí interesa, el cuadro anexo del pliego de cláusulas administrativas particulares en su apartado K) «Criterios de negociación del contrato», en su punto 1 justifica la elección del procedimiento negociado –afectar la contratación a los intereses esenciales de la seguridad del Estado–, y en su punto 2 incluye al precio, además de cómo único criterio de adjudicación, como criterio, también único, que ha de ser objeto de negociación, en cuanto que resulta evidente que la justificación de la elección del procedimiento contenida en el punto 1 en ningún caso podrá ser objeto de negociación.

Por otra parte, el órgano de contratación en su informe parece considerar a las ofertas presentadas por los licitadores como una fase de negociación, en cuanto que al referirse a las mismas señala que «este Órgano de contratación, en el pliego de cláusulas administrativas, no recogió la posibilidad de abrir nuevas fases de

negociación, dado que una vez abiertas las ofertas se adjudicaría al licitador que ofreciera el precio más económico para este Organismo».

A este respecto, se debe señalar, en contra de lo manifestado por el órgano de contratación en su informe, que la presentación de las ofertas por las empresas invitadas, no puede ser considerada como una fase de negociación, pues resulta obvio que la negociación de existir lo será con posterioridad a la presentación de las ofertas, no las ofertas en sí mismas, y más en un supuesto como en el expediente de referencia, en el que el único aspecto a negociar, de acuerdo con lo previsto en el pliego será el precio.

Así, dado que en el expediente remitido a este Tribunal no existe constancia de negociación por el órgano de contratación con los licitadores, cabe concluir que, para el expediente de referencia, no ha existido negociación con ningún licitador de los aspectos susceptibles de la misma, en este caso del precio, de acuerdo con el contenido del pliego.

...

Los razonamientos anteriores llevan necesariamente a... la conclusión de que se ha incumplido un trámite esencial del procedimiento negociado, como es la negociación de las ofertas presentadas por los licitadores, en este caso del precio que es el único aspecto de negociación previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, debiéndose anular la adjudicación del contrato acordada... y consiguientemente debiendo de retrotraerse las actuaciones hasta el momento de la negociación de los términos del contrato con las empresas licitadoras...».

3.2. Extensión del carácter excepcional que presenta la redacción de proyecto y ejecución de obra prevista para los contratos de obra a otros contratos

En un par de ocasiones se ha planteó ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid la posibilidad de anular licitaciones por incumplir la excepción contemplada en el art. 108 LCSP (ahora art. 124 TRLCSP) relativa a la contratación conjunta de la redacción del proyecto de obras por parte del empresario y su posterior ejecución, admisible únicamente:

a. Cuando motivos de orden técnico obliguen necesariamente a vincular al empresario a los estudios de las obras. Estos motivos deben estar ligados al destino o a las técnicas de ejecución de la obra.

b. Cuando se trate de obras cuya dimensión excepcional o dificultades técnicas singulares, requieran soluciones aportadas con medios y capacidad técnica propias de las empresas.

El caso es que en ambos casos (Resoluciones 4/2011 y 21/2011) se planteaba la posible infracción de la antecitada regla excepcional respecto de la licitación de contratos de gestión de servicios públicos y de concesión de obras pública. El Tribunal de la Comunidad de Madrid

considera inaplicable el art. 108 LCSP (ahora art. 124 TRLCSP) a dichos contratos ya que la LCSP, en la regulación del contrato de concesión de obra pública (aplicable también en el supuesto del contrato de gestión de servicios públicos en virtud de la remisión del art. 117.2 LCSP –ahora art. 133.2 TRLCSP–), no ha previsto que las normas reguladoras del contrato de obras hayan de aplicarse en toda su extensión a este tipo de contrato, y por ende, al de gestión de servicios públicos, sino en lo relativo a contenido del proyecto, aprobación, supervisión y replanteo.

Por ello cabe concluir, según el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que «en la gestión del servicio público que comprende la redacción del proyecto y ejecución de obra con carácter previo, ambas prestaciones se encuentran concatenadas sin que resulte de aplicación lo previsto para el contrato de obras en el artículo 108 de la LCSP, interpretación que se ve corroborada por la dicción literal del propio artículo 108, relativo al contrato de obras, cuando dispone que la contratación conjunta de elaboración de proyectos y la ejecución de las obras correspondientes tendrá carácter excepcional y solo podrá efectuarse cuando concurra alguno de los supuestos que contempla. El artículo 108.1 a) establece el primer supuesto «cuando los motivos de orden técnico obliguen necesariamente a vincular al empresario a los estudios de la obras. Estos motivos deben estar ligados al destino o las técnicas de ejecución de las obras». En el tipo de contrato de gestión de servicios públicos que comprende ejecución de obra, la prestación principal no consiste en la ejecución y explotación de las obras sino en la gestión del servicio público». Otro tanto sucede cuando se trata de incluir la redacción del proyecto en el contrato de concesión de obra pública «donde la redacción del proyecto es una prestación accesorio, vinculada a la principal que consiste en la ejecución de las obras y la explotación de la concesión, lo que justifica la posibilidad de su elección por la Administración dada la estrecha conjunción que ha de existir entre el proyecto que diseñe las obras y la posterior explotación de las mismas.

3.3. Subrogación de trabajadores

En diversas ocasiones se ha planteado ante los órganos de recurso la cuestión de cómo afecta a la adjudicación del contrato el defecto en la información sobre la subrogación del adjudicatario en las relaciones laborales con los trabajadores que con anterioridad estuviesen ejecutando el contrato, empleados por el anterior adjudicatario. Hasta en tres ocasiones se ha planteado la cuestión ante el Tribunal Administrativo

de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que ha señalado con carácter general que la subrogación «se trata de una obligación legal que no convencional, si bien es cierto que algunos Convenios colectivos concretan o plasman esta obligación», y por lo tanto, «la determinación del Convenio Colectivo a aplicar no es determinante para el examen de la obligación de subrogación establecida en los pliegos, puesto que la misma viene exigida legalmente por lo dispuesto en el artículo 44 del ET,..., de forma que dicha obligación, independientemente de su plasmación en un convenio colectivo, estatutario o extraestatutario, será exigible por los trabajadores afectados, al nuevo contratista adjudicatario, en virtud de la legislación sectorial laboral (Resolución nº 55/2011).

En su Resolución nº 15/2011, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid advierte que «si bien no es preciso recoger las obligaciones legales en los pliegos, no lo es menos que los licitadores deben estar en condiciones de conocer todos los datos que puedan influir en la realización de sus ofertas y que no se les puede obligar a asumir obligaciones— por más que sean obligaciones legales,— cuya efectividad, contenido y alcance les eran desconocidos en el momento de formular sus ofertas». Por esa razón el artículo 104 de la LCSP (ahora art. 120 TRLCSP), establece que:

«En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste».

Sentado lo anterior, debe plantearse cuál debe ser el efecto de incumplir esa obligación de señalar en el Pliego la obligación de subrogación de los trabajadores. En el asunto que dio lugar a la Resolución nº 15/2011 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, la empresa recurrente demandaba que se dictara *nueva resolución en la que adjudicándose el contrato al mismo licitador*, no se incluyera mención alguna a la obligación del contratista de subrogar a los trabajadoras, ni se incorporara obligación alguna para el contratista respecto de dichas trabajadoras. El Tribunal desestima tal petición y opta por anular el acto de adjudicación recurrido, y también los Pliegos, ordenando retrotraer el procedimiento hasta el momento de elaboración de unos nuevos pliegos en los que se contenga de forma expresa la obliga-

ción de subrogar a los trabajadoras que venían desempeñando el servicio e informando a los eventuales licitadores de las condiciones laborales de aquéllas.

En un tercer caso (Resolución nº 82/2011) el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, conoció de un supuesto en el que, si bien se había incorporado al expediente de contratación el listado de los trabajadores afectados, sus categorías, horarios y antigüedad, que permitían a las empresas realizar el cálculo del coste salarial mediante la aplicación del convenio colectivo correspondiente, no se comunicó a los licitadores un dato esencial, y es que la empresa anteriormente adjudicataria había suscrito un acuerdo con los trabajadores, ratificado ante el Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid el 6 de septiembre, en el que se modificaban de forma importante las condiciones laborales del personal afectado por la subrogación, siendo así que la fecha límite de presentación de ofertas era la del 5 de septiembre, esto es, un día anterior a la ratificación del acuerdo ante la autoridad laboral de la Comunidad de Madrid. El caso es que al conocer esas nuevas condiciones, el nuevo adjudicatario recurre la adjudicación (dato que, por otra parte, resulta curioso). El Tribunal anula la adjudicación y ordena la convocatoria de una nueva licitación, considerando que «...además de en su vertiente formal, la obligación de información sobre la subrogación de trabajadores tiene una vertiente material, relativa al contenido y suficiencia de dicha información, de manera que debe facilitarse a los contratistas todos aquellos datos relativos a la situación laboral del personal a subrogar que puedan ser determinantes de la oferta a realizar, entre ellos de forma especialmente significativa, los relativos a retribuciones y jornada laboral...».

3.4. Solicitud de aclaración de ofertas por los órganos de contratación

Existen algunas Resoluciones de órganos de recurso, de signo contrario, relacionadas con la posibilidad de que el órgano encargado de la valoración de ofertas solicite aclaraciones sobre las mismas antes de excluir una proposición. Las primeras, favorables a la petición de aclaraciones, son las del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 70/2011 y 72/2011 (no acumuladas, aun cuando se refieren a recursos sobre el mismo procedimiento de adjudicación: contrato de «Suministro de tubos de extracción, material para la recogida de muestras y material de punción para extracción»), y la nº 81/2011 de dicho Tribunal. En el caso a que se refieren las dos primeras Resoluciones, existía en la oferta de un licitador (el que luego resultó

adjudicatario) una discrepancia entre las referencias de los productos consignados en la oferta técnica y las referencias de esos mismos productos consignada en la oferta económica. La Mesa de contratación procedió a solicitar aclaración de tal incidencia a la adjudicataria, manifestando el licitador en su contestación la existencia de un error de transcripción en la realización de la oferta económica, pues se incluyeron referencias erróneas que se corresponden con tubos de extracción muy similares. El licitador manifestó también que dicho error no afectaba a las condiciones económicas de la oferta, que permanecían invariables.

Según el Tribunal de la Comunidad de Madrid, «la Mesa de Contratación, al observar la discrepancia actuó correctamente a pedir aclaraciones sobre el contenido de la oferta económica y no se puede reprochar la admisión de la oferta con errores que en nada desvirtúan el contenido económico de la misma. Al observar la discrepancia, según reiterado criterio doctrinal y jurisprudencial (entre las que cabe citar la Resolución 49/2011, de este Tribunal), con el fin de no limitar inútilmente la libre concurrencia de los licitadores, es oportuno que la Mesa de contratación pida aclaraciones sobre la discrepancia tal y como ocurrió. Lo que nunca sería admisible sería la corrección o mejora de los términos de la misma, circunstancia que no concurre en este supuesto tal y como se demuestra del examen del expediente administrativo».

En su Resolución 81/2011, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid conoció de un caso en el que la proposición económica presentada por el licitador recurrente (excluido por la Mesa) difería del modelo adjunto al Pliego, ya que en los cuadros de precios correspondientes a un determinado producto, la proposición presentada ofrecía el precio por millar en lugar de precio unitario (que era lo que establecía el modelo de proposición). Para el Tribunal, esos defectos (que la recurrente –excluida– considera debidos a un error de tipografía), podrían haberse considerado subsanables por la Mesa de contratación, en su caso, siguiendo la tendencia antiformalista de la Jurisprudencia para favorecer la concurrencia, siempre que no comportasen la imposibilidad de conocer cuál era el importe ofrecido.

De signo contrario resulta la Resolución nº 1/2011, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (TARCA) por la que se desestima un recurso planteado contra la exclusión de un licitador debido a que «en su oferta económica, el recurrente da un precio de licitación global excluido el IVA, tal y como establece el pliego y el artículo 129.5 de la LCSP; ahora bien, al enumerar los

precios unitarios de cada elemento a suministrar no se indica si incluye o no el IVA en los mismos, por lo que resulta imposible calcular el precio final sobre la suma de los precios unitarios ofertados». El Tribunal andaluz entiende que la decisión de excluir al licitador adoptada por la Mesa fue correcta, y para reforzar su decisión, cita, por analogía de los hechos, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 51/06, de 11 de diciembre. En aquél informe, y ante el hecho de que algunas empresas habían presentado oferta económica con el precio por unidad de producto, cuando el pliego y el modelo para presentar la oferta pedían cantidades globales para el conjunto de unidades a adquirir, la Junta concluye que deben rechazarse las ofertas presentadas en tales condiciones, no admitiendo la posibilidad de subsanación de dichos errores en aplicación del art. 84 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 (RGLCAP).

Pero lo cierto es que existe doctrina (tanto jurisprudencial, como otros informes posteriores de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado) que, a nuestro juicio, permitiría defender una solución distinta. Lo que en definitiva consideró el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su Resolución fue la existencia de una posible vulneración del principio de igualdad de los licitadores, que exige que todas las ofertas sean conformes con las prescripciones establecidas en el pliego de condiciones, con el fin de garantizar una comparación objetiva entre ellas. En efecto, resulta esencial, en aras de la seguridad jurídica, que el órgano de contratación pueda asegurarse con precisión del contenido de la oferta, y en particular, de la conformidad de ésta con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones. De ese modo, cuando una oferta es ambigua y el órgano de contratación no tiene la posibilidad de conocer, de modo rápido y eficaz, su significado, dicho órgano no tiene otra elección que desestimarla. Ahora bien, el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea ha matizado el alcance de dicho principio, que no puede aplicarse de modo absoluto, sino de conformidad con otros principios generales, y en particular, los de buena administración y proporcionalidad. Y así, el Tribunal de Primera Instancia ha calificado como contraria al principio de buena administración la desestimación de las ofertas sin ejercer la facultad de solicitar aclaraciones, cuando la ambigüedad detectada en la formulación de una oferta pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente (apartado 56 de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2002, As. T-211/02, *Tideland Signal/Comisión*).

Reconocer en tales casos una facultad discrecional absoluta sería contrario al principio de igualdad de trato, concluye el Tribunal²⁸⁵. Refuerzan la anterior consideración las exigencias del principio de proporcionalidad. Aplicado a un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, deben entenderse que dicho principio obliga al órgano de contratación, cuando se enfrenta a una oferta ambigua y una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta podría garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez

285. Fundamenta su criterio el Tribunal en las siguientes consideraciones:

«...37. En respuesta a la alegación de la Comisión según la cual su comité de evaluación no estaba, no obstante, en modo alguno obligado a solicitar aclaraciones a la demandante, procede considerar que la facultad prevista en el punto 19.5 de las instrucciones para los licitadores debe, en particular conforme al principio comunitario de buena administración, llevar aparejada una obligación de ejercer esa facultad en circunstancias en las que sea al mismo tiempo claramente posible en la práctica y necesario obtener aclaraciones sobre una oferta [véanse, por analogía, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 22 de febrero de 2000, Rose/Comisión, T-22/99, RecFP pp. I-A-27 y II-115, apartado 56, y de 8 de mayo de 2001, Caravelis/Parlamento, T-182/99, RecFP pp. I-A-113 y II-523, apartados 32 a 34; *vid.*, asimismo, con carácter más general, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 1999, New Europe Consulting y Brown/Comisión, T-231/97, Rec. p. II-2403, apartado 42, y el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 (DO C 364, p. 1)]. Aun cuando los comités de evaluación de la Comisión no estén obligados a solicitar aclaraciones cada vez que una oferta esté redactada de modo ambiguo, tienen la obligación de actuar con una determinada prudencia al examinar el contenido de cada oferta. Cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto de que conozca la Comisión indiquen que la ambigüedad puede explicarse probablemente de modo simple y que puede ser fácilmente disipada, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que un comité de evaluación desestime la oferta de que se trate sin ejercer su facultad de solicitar aclaraciones. La decisión de desestimar una oferta en tales circunstancias entraña el riesgo de que la institución incurra en un error manifiesto de apreciación en el ejercicio de tal facultad.

38. Además, sería contrario al principio de igualdad, al que hace referencia en el presente asunto el punto 19.5 de las instrucciones para los licitadores, reconocer a un comité de evaluación una facultad discrecional absoluta para solicitar o no aclaraciones relativas a una oferta determinada, sin tener en cuenta consideraciones objetivas y sin control jurisdiccional (*vid.*, por analogía, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de julio de 1999, Séché/Comisión, asuntos acumulados T-112/96 y T-115/96, RecFP pp. I-A-115 y II-623, apartado 127). Por otra parte, contrariamente a las alegaciones formuladas por la Comisión, el principio de igualdad no impide al comité de evaluación que permita a determinados licitadores aportar aclaraciones que disipen ambigüedades presentes en sus ofertas, puesto que en el punto 19.5 se prevé expresamente la posibilidad de solicitar dichas aclaraciones y el comité de evaluación estaba obligado a tratar del mismo modo a todos los licitadores en lo que respecta al ejercicio de tal facultad...».

de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de éste. En otro caso, el órgano de contratación incurre en un manifiesto error de apreciación, tal y como señaló el Tribunal de Primera Instancia en la Sentencia de 27 de septiembre de 2002 (*Tideland Signal/Comisión*, apartado 43) antes citada. Y no se trata de una Resolución aislada, puesto que idéntica solución, favorable a la solicitud de aclaraciones, se propugna en la más reciente Sentencia Tribunal General de la Unión Europea de 10 de diciembre de 2009 (as. T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV contra Comisión Europea*), y en la del Tribunal de Justicia de 29 de marzo de 2012 (as. C-599/10, *SAEG ALV*).

A mayor abundamiento, la propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha superado su criterio restrictivo manifestado en el informe 51/06 citado por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, sustituyéndolo por otro tendente a favorecer la máxima concurrencia posible entre los candidatos que cumplan los requisitos establecidos al efecto. Los hechos que dieron lugar al informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 23/08, de 29 de septiembre de 2008 eran muy similares a los que dieron lugar al 51/06²⁸⁶: un contrato con un plazo de ejecución de quince años al que se presentaron cinco empresas; en sus proposiciones económicas, todas ellas indicaron el precio total por los quince años, excepto una, que señaló el precio anual, omitiendo que ese precio debía multiplicarse por quince, para obtener el precio total ofertado. Preguntada la Junta por la posibilidad de rechazar dicha oferta, al amparo del artículo 84 del Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas, o la necesidad de dar audiencia al licitador, se responde en el Informe que:

286. Dicho Informe se plantea al hilo de un contrato para el arrendamiento de fotocopiadoras (seis grandes, y siete de sobremesa). De las seis empresas que presentaron oferta, cinco señalaban en los modelos de proposición económica un precio comprensivo del arrendamiento de todas las fotocopiadoras (de las trece que constituían el objeto del contrato), mientras que una de ellas indicaba un precio unitario para las fotocopiadoras grandes y otro precio unitario para las fotocopiadoras de sobremesa (faltaba, por tanto, multiplicar ese precio unitario por seis y por siete respectivamente, y sumarlos posteriormente, para obtener el precio total ofertado). En el acto público de apertura de proposiciones, el representante de esta última empresa señaló que el precio consignado en la proposición económica lo era por cada unidad, manifestando que su proposición adolecía de un error. En este caso, la Junta señaló la procedencia del rechazo de la proposición por cuanto reconocido el error padecido no podía ser subsanado. Señalaba la Junta en aquella ocasión que «aun admitiendo una hipotética posibilidad de subsanación, esta no podría producirse por desconocer cuál hubiera sido el importe de la oferta de no haberse producido el error, sin que sea admisible, por desconocer la intención del oferente, la fórmula simple de multiplicar por siete o por seis las cifras ofertadas».

«...la omisión de la multiplicación por 15 expresada en el modelo de proposición no impide que el órgano de contratación pueda ponderar el resultado de la misma habida cuenta que es ilusorio pretender interpretar que la oferta realizada, que obviamente está referida a una quinceava parte del período total de ejecución del contrato..., pueda ser considerada como comprensiva de la totalidad del contrato, y que realizada tal multiplicación coincide con el tipo de licitación establecido..., considerando al propio tiempo la opción de aclaración de la proposición que para tales supuestos prevé el artículo 87.1 del mismo Reglamento».

Sobre el modo de instrumentalizar una posible solicitud de aclaración de las proposiciones, la JCCA del Estado ha señalado (Informe 23/08, de 29 de septiembre de 2008) la posibilidad de utilizar el trámite previsto en el art. 87.1 RGLCAP:

«...Determinada por la mesa de contratación la proposición de precio más bajo o económicamente más ventajosa, a favor de la cual formulará propuesta de adjudicación, invitará a los licitadores asistentes a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra el acto celebrado, las cuales deberán formularse por escrito en el plazo máximo de dos días hábiles siguientes al de aquel acto y se dirigirán al órgano de contratación, el cual, previo informe de la mesa de contratación, resolverá el procedimiento, con pronunciamiento expreso sobre las reclamaciones presentadas, en la adjudicación del contrato...».

Por tanto, a la luz de la jurisprudencia sobre el principio de igualdad de los licitadores y la evolución del criterio de los órganos consultivos en materia de contratación, bien pudiera defenderse, en sentido opuesto a lo señalado por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su Resolución 1/2011, que la Mesa de contratación debió, antes de acordar su exclusión, solicitar la aclaración de su oferta a un licitador que, habiendo señalado en su oferta económica, un precio de licitación global excluido el IVA, tal y como establece el pliego, no indicó al enumerar los precios unitarios de cada elemento a suministrar mención a si dicho precio unitario incluía o no el IVA.

En cualquier caso, procede recordar que el ejercicio de esa facultad de solicitar aclaraciones de las ofertas tiene como límite infranqueable que la aclaración pueda suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar el sentido inicial de sus términos, bien por incorporar otros inicialmente no previstos.

3.5. Secreto de las proposiciones

Otra cuestión analizada por varios órganos de recurso es el secreto de las proposiciones presentadas en un procedimiento de adjudicación. En el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón nº 16/2011 en el que, como cuestión de fondo, se hace especial

hincapié en el interés que tiene «el que se desconozcan las ofertas económicas en tanto sean objeto de valoración las proposiciones técnicas, para evitar que pueda influirse en la ponderación del juicio técnico al conocerse previamente la puntuación que obtendría un licitador en estos aspectos reglados o automáticos. Es esta, por lo demás, una práctica derivada del derecho a una buena administración que explica la exclusión del licitador que la incumple, y por la que debe exigirse la debida diligencia a los licitadores al presentar y documentar sus ofertas, en aras a preservar la finalidad del procedimiento y los principios de igualdad de trato que lo inspira...».

En el supuesto enjuiciado se trataba de determinar si la oferta de la empresa recurrente había incumplido este requisito esencial al incluir en el sobre relativo a la propuesta técnica, y dentro del apartado relativo al Plan de mejora del control de calidad, una valoración económica de las mejoras ofertadas. Se impone aquí, señala el Tribunal, «una interpretación finalista y sistemática, que obliga al órgano gestor a acreditar de forma racional el incumplimiento del licitador de este deber de no desvelar la oferta económica de forma anticipada», sin que resulten suficientes «meras suposiciones o juicios de valor técnico que no permitan constatar de forma fehaciente este incumplimiento, pues lo contrario, cuando menos, quebraría el principio de proporcionalidad y conllevaría una contravención del principio de igualdad de trato y, además, en tanto restrictiva de la concurrencia, el de eficiencia...». El Tribunal considera en su Acuerdo que la cuantificación del valor de una mejora no supone «adelantar» la oferta económica contenida en el sobre 3, y, por ello, debe entenderse cumplida la obligación de no desvelamiento anticipado de ésta, por lo que en tal supuesto, resulta incorrecta la exclusión de la empresa del procedimiento de adjudicación.

3.6. Acuerdos marco restrictivos de la competencia

Una última cuestión destacable es el análisis realizado por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo 29/2011, sobre los efectos restrictivos que sobre la competencia entre licitadores puede provocar el diseño de un Acuerdo marco. Se trataba del recurso interpuesto contra el Pliego de cláusulas administrativa de un acuerdo marco de contratación centralizada de los servicios postales y telegráficos, a celebrar con un único proveedor, lo que de por sí implica una limitación, que bien podría tener su justificación en la correcta prestación del contrato. Pero, según señala el Tribunal aragonés, «...el ámbito de este acuerdo, claramente excepcional por su amplitud desde

la perspectiva subjetiva, que engloba la casi totalidad de las entidades públicas de Aragón (Gobierno de Aragón, Diputaciones Provinciales, Comarcas, Mancomunidades y principales municipios), que necesariamente recaerá en un único prestador del servicio, supone un cierre del mercado público de los servicios postales en Aragón durante un plazo de cuatro años, lo que resulta contrario al principio de libre competencia («Acuerdo marco de contratación centralizada de los servicios postales y telegráficos para la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, sus Organismos Autónomos y restantes Entes públicos autonómicos y locales adheridos»)....». «A este efecto restrictivo de la competencia conduce también el hecho de que no se hayan previsto lotes, lo que facilitaría un mayor número de ofertas y más ajustadas técnica y económicamente, y que la valoración como criterio de adjudicación de mayores medios personales y materiales, en un contrato de tal dimensión, beneficia claramente al licitador que originalmente ha mantenido una posición de operador dominante del mercado, lo que dificulta, cuando menos, que el principio de apertura de los servicios postales sea realmente efectivo». En consecuencia, el Tribunal declara la invalidez del acuerdo marco por restrictivo de la competencia.

IV. CUESTIONES DE ÁMBITO SECTORIAL

La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea

MARÍA ASUNCIÓN SANMARTÍN MORA

Vocal de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón. Vocal del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

SUMARIO: I. LA GESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: DE TAREA ADMINISTRATIVA A PROFESIÓN ESTRATÉGICA. II. LOS NUEVOS RETOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EUROPA Y LA NECESIDAD DE PROFESIONALIZAR SU GESTIÓN. 1. *Ampliación de los objetivos de la contratación.* 2. *Implantación definitiva de la contratación electrónica.* 3. *Exigencia de mayor flexibilidad en los procedimientos de adjudicación.* 4. *Garantizar la integridad en la contratación.* III. LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, UN TEMA RECURRENTE EN EL PROCESO DE MODERNIZACIÓN DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA. IV. LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA QUE PROPUGNA LA UE. 1. *Características de la profesionalización.* 1.1. Se refiere a la formación y preparación de todos los sujetos implicados en la contratación. 1.2. Busca un enfoque práctico. 1.3. Responde a un planteamiento ético. 1.4. Dedicar una especial atención a los pequeños poderes adjudicadores y a las PYME. 2. *Actuaciones que se proponen para conseguir la profesionalización.* 2.1. Formación. 2.2. Creación de servicios de asistencia y apoyo. 2.3. Intercambio de información y buenas prácticas. 2.4. Externalización de funciones auxiliares a la contratación. 2.5. Técnicas de agregación de la demanda. V. A MODO DE CONCLUSIONES.

I. LA GESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: DE TAREA ADMINISTRATIVA A PROFESIÓN ESTRATÉGICA

En el ámbito de los países democráticos existe, un consenso generalizado en que la eficiencia en el uso de los recursos públicos exige que se supere la visión de la contratación pública como una función fundamentalmente administrativa para considerarla una profesión estratégica, lo que implica la necesidad de que los gestores encargados de los

contratos se conviertan en profesionales con un conjunto común de estándares éticos y conocimientos técnicos.

El mejor reflejo de la preocupación por la profesionalización de los gestores de la contratación, son las iniciativas adoptadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Esta organización de cooperación internacional, en la que se integran 34 estados democráticos, con el objetivo de coordinar sus políticas para enfrentar los desafíos económicos, sociales y medioambientales de la globalización, ha dedicado una especial atención a la contratación pública dado el importante papel que juega en la correcta gestión de los recursos públicos.

En el Fórum Global sobre la Gobernanza que celebró en 2004, dedicado a «La Lucha contra la Corrupción y el Fomento de la Integridad en la Contratación pública» se puso de relieve que la mayor amenaza a la integridad de la contratación pública son la falta de transparencia y de responsabilidad por la gestión y que para contrarrestarlas era necesario avanzar en la profesionalización de los gestores públicos. A la vista de las conclusiones del Foro, el Comité de Gobernanza Pública, emprendió una investigación sobre los medios y soluciones concretas para mejorar los sistemas públicos de contratación, cuyos resultados se presentaron en el simposio «Identificación de Buenas Prácticas de Integridad y Resistencia a la Corrupción en la Contratación Pública» de noviembre de 2006²⁸⁷.

La investigación confirmó que los gobiernos contemplan cada vez más a la contratación pública como una profesión estratégica y en consecuencia apuestan por la profesionalidad de los gestores de la contratación. La buena gobernanza en relación con la contratación, demanda que los funcionarios encargados de la contratación pública se conviertan en verdaderos profesionales, ya no se espera simplemente que cumplan las normas, sino que se les exige que además de desarrollar sus funciones habituales, se conviertan en directores de la contratación. La asunción de nuevas tareas relacionadas con el aprovisionamiento estratégico, la gestión de subastas, la realización de negociaciones, implica la necesidad de formar a los gestores para que adquieran los conocimientos y cualidades personales para adaptarse a ese entorno cambiante.

La falta de personal cualificado puede dar lugar a una irresponsable delegación de gobernanza en el sector privado, y que sea el contratista

287. Las conclusiones de este simposio se recogen en la publicación *La Integridad en la Contratación Pública. Buenas prácticas de la A a la Z*, INAP, Madrid, 2010.

quien defina el nivel de calidad de los objetos a contratar en lugar de la autoridad pública. Por ello, es necesario que los gestores cuenten no solo con conocimientos especializados relacionados con los aspectos legales, sino también con aquellos que se relacionan con la gestión de proyectos y de riesgos. Asimismo, es importante dotarlos de directrices éticas que les permitan evitar situaciones de conflicto de intereses pero sin que ello suponga bloquear la eficiencia de la contratación.

En el ámbito de la UE, la necesidad de profesionalizar la gestión de la contratación pública, es todavía mayor porque para la UE el objetivo de la contratación pública no se agota en la adquisición de bienes y servicios o la construcción de obras para los poderes públicos, sino que ha apostado decididamente por utilizarla como herramienta al servicio de la implementación de las políticas públicas; como ha puesto de manifiesto el profesor José María GIMENO FELIU, la contratación pública en Europa, se ha convertido en un instrumento de intervención en la vida económica, social y política²⁸⁸.

Las directivas sobre contratación pública anteriores al año 2004, no contemplaban de forma expresa la posibilidad de integrar en la adjudicación de un contrato objetivos políticos, pero las vigentes, Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, posibilitan la integración de aspectos sociales y medioambientales en distintas fases de los procedimientos de adjudicación²⁸⁹. El objetivo inmediato de las Directivas sigue siendo la coordinación de los procedimientos de adjudicación pero además permiten que se pueda lograr la consecución de otros intereses públicos como la protección del medio ambiente, la promoción de políticas de inclusión social y la lucha contra el desempleo²⁹⁰.

El estudio sobre las estructuras organizativas de la contratación pública en los Estados miembros de la UE, que llevo a cabo SIGMA²⁹¹ en

288. GIMENO FELIÚ, 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, Madrid, 2010.

289. Considerandos primero y quinto Directiva 2004/18/CE y considerandos primero y decimosegundo de la Directiva 2004/17/CE.

290. Sobre este tema ver MEDINA ARNAIZ, T., «Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», *Observatorio Público de Contratos 2010*, Civitas, Madrid, 2011.

291. SIGMA, es una iniciativa conjunta de la OCDE y la UE que da soporte a los Estados candidatos o potenciales candidatos a la integración en la UE, así como a los países vecinos de esta, en la reforma de su administración pública. Una de sus áreas prioritarias de actividad es la contratación pública y para asesorar y apoyar a estos países en la organización de su contratación pública, dedica una especial atención al estudio de la contratación pública en la UE (<http://www.sigmaweb.org>).

2007, reflejaba como los cambios que se están produciendo en la misma, que está creciendo en complejidad por efecto de la introducción de nuevos instrumentos y mecanismos de contratación, el desarrollo tecnológico y comercial y el énfasis que se pone en la exigencia de eficiencia en los servicios públicos, demanda una mayor profesionalización de la contratación a nivel operativo, tanto para entidades contratantes, como para empresas. Los empleados del sector público deben hacer frente a ese entorno más complejo, con nuevas funciones y responsabilidades, lo que supone un cambio importante comparado con sus funciones tradicionales, que exige que los gestores adquieran nuevas competencias y que se adopten nuevas soluciones organizativas y cooperativas que además, tengan en cuenta a los empresarios. El informe concluía que en los próximos años habría una continua demanda de más formación y especialización práctica que abarcaría diversas disciplinas y profesiones²⁹².

Como veremos a continuación, SIGMA acertó en sus previsiones y la evolución de la contratación pública en la UE apunta a la necesidad de mayor profesionalización, todavía más cuando el carácter instrumental de la contratación pública se ha visto reforzado en la Estrategia Europa 2020²⁹³, documento en el que se plasma la visión de la Europa del futuro.

II. LOS NUEVOS RETOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EUROPA Y LA NECESIDAD DE PROFESIONALIZAR SU GESTIÓN

La Estrategia Europa 2020, marca como objetivo para la próxima década, conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador de la economía europea. Crecimiento inteligente, porque debe estar basado en el conocimiento y la innovación; sostenible, porque debe promover una economía con pocas emisiones de carbono, que haga un uso más eficiente de los recursos y que sea competitiva; e integrador, por que debe fomentar una economía con alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial.

Para realizar estos objetivos asigna a la contratación pública un papel clave. En concreto, pide que la contratación pública:

292. OECD (2007), «Central Public Procurement Structures and Capacity in Member States of the European Union», *Sigma Papers*, nº 40, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/5kml60qdqq0n-en>

293. Comunicación de la Comisión: *EUROPA 2020 Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, de 3 de marzo de 2010, COM(2010) 2020.

- mejore las condiciones generales que favorezcan la innovación por parte de las empresas;
- apoye el cambio hacia una economía que haga un uso más eficiente de los recursos y con bajas emisiones de carbono;
- mejore el entorno empresarial, en especial para las PYME innovadoras.

Apenas dos meses más tarde de la aprobación de la Estrategia Europa 2020, el Parlamento Europeo en la Resolución de 18 de mayo de 2010, sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública²⁹⁴, realiza una evaluación muy crítica de la normativa vigente en materia de contratación pública e insta a la Comisión a que lleve a cabo una revisión integral de la misma.

El 27 de octubre de ese mismo año, la Comisión anuncia, que inicia un proceso de revisión del régimen de contratación pública²⁹⁵, para presentar una propuesta legislativa orientada a simplificar y modernizar las normas europeas con objeto de agilizar la adjudicación y hacer posible una mejor utilización de los contratos públicos en apoyo de otras políticas. Los primeros pasos de ese proceso fueron la elaboración de dos Libros Verdes, uno dedicado a la contratación electrónica y otro a la modernización de la contratación pública²⁹⁶, ambos se han sometido a un amplio proceso de consulta que ha finalizado con la aprobación por el Parlamento Europeo de la Resolución de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública²⁹⁷, y la presentación de dos propuestas de directivas²⁹⁸.

294. Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de mayo de 2010, sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública [2009/2175(INI)].

295. Propuesta nº 17 de la 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. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0608:FIN:ES:PDF>

296. Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la Unión Europea, COM (2010) 571 final, y 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. Disponibles en: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0571:FIN:ES:PDF> y <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:EN:PDF>

297. Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI)). Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0454+0+DOC+XML+V0//ES>

298. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública, COM(2011) 896 final y Propuesta de Directiva del Parlamento Euro-

La revisión persigue tres objetivos que están interrelacionados y se refuerzan mutuamente, incrementar la eficiencia del gasto público, utilizar la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes y luchar contra la corrupción. Incrementar la eficiencia del gasto público es hoy por hoy, dada la situación de crisis económica, uno de los grandes retos que tienen la UE y los Estados y afecta a la contratación pública de forma determinante. 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, contribuye también a lograr un gasto público más eficiente a largo plazo. Por otra parte, la prevención de la corrupción y el favoritismo y la lucha contra ellos y contra la colusión, son cuestiones que hasta ahora no han sido tratadas suficientemente en la normativa europea de contratación pública, sin embargo, el porcentaje del gasto en contratación pública que se pierde por la corrupción se cifra con carácter global en un 10%, además de ser una práctica incompatible con el derecho a la buena administración. Por su parte la colusión como fenómeno de distorsión de la competencia también causa graves perjuicios económicos a los poderes públicos, la Comisión Nacional de la Competencia, calcula que los precios de los bienes y servicios contratados en las licitaciones donde ha existido colusión se incrementan en más de un 20%²⁹⁹.

Esta apuesta decidida de la UE por conseguir la eficiencia en la contratación pública, y utilizarla como instrumento de implementación de políticas públicas –que ha llevado a los servicios de la Comisión a hablar de «contratación estratégica»³⁰⁰– junto con otras exigencias que se han puesto de relieve durante el proceso de consulta en relación con el Libro Verde, como son la implantación de la contratación electrónica, la flexibilización de los procedimientos de adjudicación y la lucha contra la corrupción y la colusión, refuerzan la necesidad de profesionalizar a

peo y del Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, COM(2011) 895 final.

299. Comisión Nacional de la Competencia, Guía sobre Contratación Pública y Competencia. Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=296580>

300. Documento de trabajo de los servicios de la Comisión (SEC(2010) 1586final): http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/SEC2011_1586_en.pdf

sus gestores pues les exigen más conocimientos, nuevas habilidades, dominar las nuevas tecnologías de la información e interiorizar unos principios éticos que guíen su actividad.

1. AMPLIACIÓN DE LOS OBJETIVOS DE LA CONTRATACIÓN

La práctica de la contratación pública ha devenido enormemente compleja. A la complejidad jurídica evidente por el amplio corpus normativo y por la interrelación entre los distintos ordenamientos, se añade la derivada de la ampliación de los objetivos de la contratación, que iniciaron como hemos indicado las directivas de 2004 y va camino de reforzarse en el proceso de modernización actual.

La utilización de la contratación pública para instrumentar políticas sociales y medioambientales, lleva a entender el concepto de *oferta económicamente más ventajosa* como la oferta más ventajosa en términos de beneficios económicos, sociales y medioambientales³⁰¹ y a sustituir el criterio del *precio más bajo* por el de el *coste más bajo* que tiene en cuenta la relación coste-eficacia, valorando todo el ciclo de vida de los productos. La implementación de estos criterios exige conocer y prestar una especial atención a aspectos no relacionados directamente con el objeto del contrato, cuya aplicación, como han advertido los sujetos implicados durante el proceso de consultas, está llena de dificultades.

También supone una mayor complejidad la tendencia actual, que también tiene su reflejo en el proceso de reforma, de exigir una contratación pública socialmente responsable, que convierte a los poderes adjudicadores en garantes del cumplimiento por los licitadores y adjudicatarios de las normas laborales y relativas a la igualdad de oportunidades.

2. IMPLANTACIÓN DEFINITIVA DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

La contratación electrónica es uno de los retos más importantes que tiene planteada la Unión Europea. Aunque se ha avanzado mucho en la sustitución de los procedimientos basados en soporte papel por el tratamiento y la comunicación por medios electrónicos a lo largo del procedimiento de contratación, la implementación de un procedimiento completamente electrónico, lo que sería la contratación electrónica *strictu senso*, está todavía muy lejos de generalizarse. Frente a las previsiones del Plan de Acción sobre la Contratación Electrónica de 2004, de

301. Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011(citada en pág. 4), considerandos 13 y 20.

que al menos el 50% de la contratación se realizara electrónicamente en 2010, se estima que en la actualidad solo se alcanza el 5%.

La contratación electrónica es un instrumento decisivo para conseguir la simplificación de todo el proceso de contratación introduciendo eficiencias que generen importantes ahorros de tiempo y costes a empresas y poderes adjudicadores, asimismo incrementa la transparencia y la accesibilidad, fomentando la competencia. Además, pueden permitir a los poderes adjudicadores evitar, detectar y corregir los errores que se produzcan durante los procedimientos de contratación. Pero a la vez, la contratación electrónica exige de los gestores públicos y de los operadores económicos un gran esfuerzo de adaptación a estas tecnologías. Algunas herramientas como los perfiles del contratante o los gestores de expedientes, tienen ya una importante implantación, pero en otras fases, fundamentalmente en las de licitación y adjudicación, todavía queda mucho camino por hacer, si se quiere cumplir con las previsiones que se barajan actualmente de que en 2016, todos los procedimientos de contratación sometidos a las directivas se lleven a cabo utilizando medios de comunicación electrónicos comprendiendo la presentación electrónica de ofertas y solicitudes.

3. EXIGENCIA DE MAYOR FLEXIBILIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN

Los procedimientos de adjudicación están sufriendo una evolución que nos lleva hacia formulas más flexibles. Desde las primeras directivas, han primado los procedimientos «clásicos», abierto y restringido, basados en ofertas cerradas, fijas e inamovibles, y el procedimiento negociado ha tenido carácter excepcional. En 2004 se dio un primer paso, al incluir el dialogo competitivo, en el que el órgano de contratación define, dialogando con los licitadores, la solución que mejor se adapta a las necesidades públicas, pero es un procedimiento de gestión realmente compleja que exige una capacitación específica técnica y jurídica de los responsables públicos, para diseñarlo y llevarlo cabo, por lo que ha sido poco utilizado.

Durante la fase de consulta, los poderes adjudicadores, sobre todo los más pequeños solicitan mayor flexibilidad en los procedimientos de adjudicación, permitiendo más margen de negociación y comunicación con los licitadores y que se permita expresamente consultar al mercado como posible primer paso. Por ello se pretende permitir un uso general-

zado del procedimiento negociado con publicidad previa y admitir que los licitadores puedan rectificar omisiones en sus ofertas³⁰².

Por otro lado, con objeto de apoyar la innovación se quiere promover que los poderes adjudicadores utilicen en la preparación de los contratos especificaciones referidas al rendimiento y a los requisitos funcionales, en lugar de especificaciones técnicas excesivamente detalladas, y que en las licitaciones se admita de forma sistemática la presentación de variantes, para permitir que los licitadores puedan proponer sus propios métodos, materiales o técnicas para cubrir las necesidades objeto del contrato³⁰³. Asimismo, se desea fomentar el recurso a la contratación precomercial³⁰⁴. La contratación precomercial, pertenece a la fase de investigación y desarrollo (I+D) previa a la comercialización. Consiste en la contratación de servicios de I+D, como la exploración y el diseño de soluciones, la creación de prototipos o la fabricación original de un volumen limitado de primeros productos o servicios a modo de serie de prueba, y en ella el comprador público no se reserva los resultados de la I+D para su propio uso en exclusiva, sino que comparte con las empresas los riesgos y los beneficios. En la UE, la contratación precomercial es un recurso insuficientemente explotado, mientras que en países como EE UU, China o Japón ha alcanzado mucho éxito.

La implementación de estas nuevas técnicas, van a exigir de los empleados públicos, actitudes menos burocráticas, una cierta manera de *estar en el mercado*, abandonando la visión estrictamente administrativa de sus funciones y como consecuencia de ello, el desarrollo de nuevas capacidades: negociar y mantener la igualdad de trato, negociar y no desvelar aspectos confidenciales, asumir la gestión de riesgos, etc.

4. GARANTIZAR LA INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN

La corrupción y la colusión son problemas distintos pero que con frecuencia se presentan a la vez y tienden a reforzar su efecto mutuamente. Los contratos públicos son especialmente vulnerables a estos fenómenos que suponen una importante amenaza para la integridad de la contratación pública y es precisamente de esta preocupación de la que surge la exigencia de profesionalizar la gestión.

Hablamos de corrupción cuando una autoridad o empleado público

302. Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011(citada en pág. 4), considerandos 26, 29 y 33.

303. Ídem considerando 31.

304. Ídem considerando 15.

utiliza sus potestades públicas para conseguir un enriquecimiento personal. La colusión por su parte, se produce cuando varios licitadores se ponen de acuerdo para fijar el precio o cualquier otra condición comercial, o para repartirse el mercado en una contratación pública, con el objetivo de obtener mayores beneficios.

La corrupción es una de las grandes preocupaciones sociales, sus negativos efectos se manifiestan no solo en el ámbito económico sino también a nivel social y político como bien destaca T. MEDINA ARNAIZ³⁰⁵. Es cierto que los países que integran la UE, están con carácter general entre los que no presentan un grado de corrupción alarmante, pero aún así, es un tema que preocupa a la opinión pública. El índice de medición de la corrupción más conocido, es el Índice de Percepción de la Corrupción que publica anualmente Transparencia Internacional³⁰⁶. Este índice mide el grado de corrupción, en una escala de 0 a 10 puntos, en la que el 0 indica un país con un alto grado de corrupción y el 10 un país sin prácticamente corrupción. La ponderación se otorga en base a opiniones de expertos y analistas del propio país. Los países de la UE, obtienen en el ranking de 2011 puntuaciones en torno a los 6 o 7 puntos, pero hay casos hirientes de calificaciones que no llegan al 4³⁰⁷.

Por otra parte, todas las partes implicadas en la contratación pública, poderes adjudicadores y operadores económicos, propugnan que la revisión de la legislación europea busque la simplificación, con normas más claras, sencillas y flexibles, que reduzcan el nivel de detalle. Aunque no existe consenso sobre ello, también se propone que se incrementen los umbrales de aplicación de la directiva de contratos públicos y que se evite regular los contratos por debajo de umbral. Se trataría de reducir la legislación de contratación pública al mínimo imprescindible y como contrapeso, resulta necesario reforzar la aplicación de los principios generales de transparencia, igualdad de trato y no discriminación y salvaguardia de la competencia. Asimismo, no cabe desconocer que el fomento de políticas sociales y de empleo por medio de la contratación pública, puede aumentar el riesgo de la subjetividad en la toma de decisiones.

Por ello es fundamental que la actividad de los gestores públicos se atenga a un código ético estricto que evite el conflicto de intereses y

305. MEDINA ARNAIZ, T., «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública», *Diario La Ley*, nº 7382, 16 abril 2010.

306. Transparency International es una ONG cuyo objetivo es la lucha global contra la corrupción, <http://www.transparency.org/>

307. Ver resultados en: <http://cpi.transparency.org/cpi2011/results/>

que se les dote de herramientas para detectar las prácticas colusorias y diseñar estrategias que las impidan³⁰⁸. La profesionalización es un factor clave para promover la integridad³⁰⁹.

III. LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, UN TEMA RECURRENTE EN EL PROCESO DE MODERNIZACIÓN DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Se reconoce con carácter general, que la aplicación del régimen europeo de contratación pública ha contribuido a profesionalizar el proceso de contratación en los Estados miembros, de manera que los procedimientos estrictamente formalizados de las directivas, han acostumbrado a las agencias de contratación pública a aplicar los principios de transparencia, no discriminación y competencia, y hoy se puede decir que son ya una práctica habitual.

Sin embargo, durante el proceso de consulta en relación con la reforma de las vigentes directivas han sido constantes las exigencias de una mayor formación y preparación de los agentes implicados, de una mayor profesionalización.

La primera referencia al tema la encontramos en la Resolución del Parlamento Europeo de 18 de mayo de 2010, en la que solicita a la Comisión que lleve a cabo una revisión integral de las directivas. En la misma se incluyen una serie de recomendaciones relativas a «Ayuda práctica: bases de datos y cursos de formación», que consisten en:

- Creación de una base de datos jurídica actualizada a disposición de los poderes adjudicadores, que deberá incluir especialmente las normas relativas a criterios medioambientales y sociales;
- Intercambio de experiencias entre las autoridades públicas y la Comisión, promover grupos de expertos en contratación pública para difundir buenas prácticas;
- Organizar cursos de formación y campañas de sensibilización para las autoridades locales y los responsables políticos que incluyan a todas las partes interesadas en particular a los proveedores de servicios sociales.

308. Comisión Nacional de la Competencia, Guía sobre Contratación Pública y Competencia. Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=296580>

309. Ver GIMENO FELIU, J. M., La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?, REDA, nº 147, pp. 518 y s.

Sin embargo, el Libro Verde sobre modernización con el que la Comisión inicia la reforma, desoye las indicaciones del Parlamento y no contiene ninguna mención a la formación o a la profesionalización de la contratación. Serán los agentes implicados en la contratación pública los que en sus respuestas al Libro Verde hagan hincapié en la necesidad de profesionalización de las autoridades contratantes y de las empresas. Aunque la normativa de la UE ha sido un éxito en buena medida y es en palabras de Mario MONTI, *uno de los ámbitos más desarrollados y técnicamente sofisticados del mercado único*³¹⁰, los poderes adjudicadores y los operadores económicos se quejan de su excesiva complejidad que supone unos costes administrativos que hacen que en algunos casos los procedimientos de adjudicación resulten ineficientes y por ello reclaman junto con la simplificación de las normas, mas formación y apoyo.

Durante la *Conferencia sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE*, que organizada por la Comisión, tuvo lugar en Bruselas, el 30 de junio de 2011, para presentar las respuestas al Libro Verde, la profesionalización se convirtió en un tema recurrente. Fue el Ministro de Asuntos Económicos, Agricultura e Innovación, quien en el discurso inaugural³¹¹ hizo la siguiente reflexión: «si la modernización de la política de contratación pública pasa por introducir más flexibilidad en los procedimientos y simplificar las normas, huyendo de reglamentaciones excesivamente detalladas, tal y como los agentes implicados han propuesto, esto requerirá una mayor profesionalización, poniendo el foco no en seguir las normas sino en comprar mejor». Por su parte, Michel Barnier, Comisario para el Mercado Interior y Servicios, abogó en ese mismo foro, por la profesionalización de la contratación pública, la agregación de la demanda y la puesta en marcha de estructuras que den soporte a los pequeños poderes adjudicadores³¹². Entre los expertos que intervinieron hubo consenso en la necesidad de avanzar en la profesionalización; no es suficiente con cambiar las normas, es necesario un cambio en la manera de pensar que consiga una mejor implementación de los principios y objetivos de la contratación.

También el Comité Económico y Social Europeo, en su Dictamen al

310. Informe de Mario Monti, de 9 de mayo de 2010, titulado «Una nueva estrategia para el mercado único», disponible en: http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_es.pdf

311. Texto completo disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/conference062011/speech-2_en.pdf

312. Texto completo disponible en: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/490&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=fr>

Libro Verde³¹³, considera que la falta de profesionalidad y de conocimientos especializados de las autoridades públicas es un obstáculo significativo para conseguir una contratación pública eficaz, por lo que recomienda que se emprendan acciones de formación –en particular a nivel local y regional– que permitan a los funcionarios adquirir las competencias necesarias para negociar. Asimismo, considera necesario promover un cambio en la cultura de contratación pública para que deje de ser considerada una mera tarea administrativa y se consiga un compromiso de todo el personal de los poderes adjudicadores con las prácticas de contratación modernas, en particular la gestión del riesgo y la realización de estudios de mercado previos. La profesionalización de las tareas relacionadas con la contratación exige también, a su entender, valorizar el papel y el perfil de este ámbito laboral.

Finalizado el proceso de consultas, el Parlamento Europeo, en la Resolución de 25 de octubre de 2011, sobre modernización de la contratación pública, se hace eco de estas propuestas y reafirma la importancia de promover el profesionalismo y garantizar la objetividad tanto entre las autoridades contratantes como entre los operadores del mercado. Reconoce que son escasas las medidas en materia de formación y destaca la «importancia de promover el profesionalismo y garantizar la objetividad tanto entre las autoridades contratantes como entre los operadores del mercado, en particular apoyando el desarrollo de programas de formación destinados a los mismos; recomienda establecer una red de centros de excelencia en los marcos nacionales existentes y promover el intercambio de información y buenas prácticas entre Estados miembros; anima además a las organizaciones de empresas, tanto a nivel nacional como de la UE, a asumir la responsabilidad compartida de facilitar el acceso a la información pertinente así como, el intercambio de información entre sus miembros en toda Europa». Porque concluye, «la profesionalización y una mejor formación de los adjudicatarios y los licitadores promoverían la competencia en toda la UE y aprovecharían plenamente las ventajas de un mercado interior de la contratación pública».

Como consecuencia, las propuestas de directivas sobre contratación

313. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre 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 (2011/C 318/19). Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:318:0113:0120:ES:PDF>

pública³¹⁴, incluyen por primera vez, una serie de disposiciones en relación con la gobernanza de la contratación pública. Hasta el momento, las directivas sobre contratación pública, se han centrado básicamente en realizar una regulación bastante detallada de los procedimientos de adjudicación, pero no han incidido en las cuestiones organizativas de la contratación que quedan con carácter general y salvo algunos aspectos relativos al sistema de recursos, en el ámbito de actuación de los Estados miembros. Sin embargo, las propuestas de directivas incorporan un Título específico dedicado a la gobernanza que pivota sobre tres elementos:

- La creación en cada Estado miembro de una única autoridad responsable de la inspección y coordinación de la implementación de las Directivas, los llamados *Organismos nacionales de supervisión*.
- La obligación de los Estados miembros de dar soporte técnico y asesoramiento legal y económico a los poderes adjudicadores en la preparación y desarrollo de los procedimientos de contratación, mediante la creación de las oportunas estructuras administrativas. También deben dar asistencia, fundamentalmente por medios electrónicos, a los operadores económicos, en especial a las PYME y no solo para participar en los procedimientos nacionales sino también en las licitaciones de otros Estados miembros;
- La necesaria cooperación y mutua asistencia entre los Estados miembros y la coordinación entre estos y la Comisión.

Además, las propuestas de directivas presentan también como novedad una regulación específica de las «Actividades de compra auxiliares», a las que definen, como actividades consistentes en la prestación de apoyo a las actividades de compra, en particular en forma de infraestructura técnica, asesoramiento y gestión de procedimientos. Estas actividades pueden ser realizadas por organismos públicos o privados que actúen en el mercado como proveedores de servicios de la contratación, a los que llaman «Prestador de servicios de contratación».

Por último, regulan el conflicto de intereses y las prácticas ilícitas

314. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública, COM(2011) 896 final y Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, COM(2011) 895 final. Textos disponibles en: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0896:FIN:ES:PDF> y <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0895:FIN:ES:PDF>

de los empresarios, no limitándose, como hacen las actuales directivas, a regular las causas que pueden dar lugar a la exclusión de los licitadores como consecuencia de sus actuaciones ilegales.

Para finalizar, esta visión general de la preocupación por la profesionalización de la contratación en el ámbito europeo, manifestada en el proceso iniciado para la aprobación de las nuevas directivas, hay que poner de relieve que sigue siendo objeto de interés en los distintos foros y simposios que se celebran, sirva de ejemplo la Declaración de Cracovia, que recoge las conclusiones del primer Foro del Mercado Interior celebrado en dicha ciudad los días 3 y 4 de octubre de 2011, y que entre las medidas para mejorar el funcionamiento de la legislación comunitaria sobre contratación pública, propone *profesionalizar el sector de la contratación pública a través de una mejor formación*.

IV. LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA QUE PROPUGNA LA UE

Como vemos, en todo el proceso abierto para la modernización de las directivas de contratación son recurrentes las alusiones directas a la profesionalización y las sugerencias y propuestas de actuaciones relacionadas con ella, como la formación, el intercambio de experiencias, la difusión de buenas prácticas, etc. Sin embargo no hay una definición de que se entiende por profesionalización ni una construcción única de los aspectos y técnicas que comprende.

Por ello resulta interesante extraer de las resoluciones del Parlamento Europeo y de toda la documentación que ha servido de base a la elaboración de las propuestas de directivas, las características que tiene esa profesionalización que se propugna y analizar las actuaciones concretas que se proponen, con objeto de establecer los parámetros en que esta debe moverse, tanto más en cuanto que no se trata de una política a implementar en el futuro, cuando se aprueben las nuevas directivas, sino que debe guiar desde ya, las actuaciones de la Comisión y de los Estados.

1. CARACTERÍSTICAS DE LA PROFESIONALIZACIÓN

La profesionalización que se propugna en el ámbito de la UE tiene las siguientes características:

1.1. **Se refiere a la formación y preparación de todos los sujetos implicados en la contratación**

Hemos visto como desde hace unos años, en el ámbito de los países

democráticos se está imponiendo una visión estratégica de la contratación pública que exige la profesionalización de los gestores públicos. Sin embargo el concepto de profesionalización que se impone en el ámbito de la UE, es mucho más amplia.

Cuando se habla de profesionalización en el proceso de modernización de la contratación pública europea, no se está refiriendo únicamente al personal de los poderes adjudicadores, sino que se pone el énfasis también en la preparación de los operadores económicos y dentro de estos se pide una especial atención para las PYME y para las organizaciones no gubernamentales que prestan servicios sociales. Asimismo, dentro de los poderes adjudicadores preocupa no sólo la formación de los empleados públicos, sino que se exige también atender a autoridades y responsables públicos. Esta visión amplia de la profesionalización que abarca a todos los agentes de la contratación pública, conlleva que cuando se propongan instrumentos para lograrla se otorgue especial importancia al intercambio de opiniones, experiencias e información entre todos los sujetos implicados.

1.2. Busca un enfoque práctico

La profesionalización que se propugna, se centra en los aspectos prácticos. En el proceso de consulta, se ha puesto de manifiesto que hasta el momento, se ha sobrevalorado la parte legal de los procedimientos de contratación, lo que ha llevado a los poderes adjudicadores y a los gestores de la contratación a priorizar la seguridad jurídica sobre la eficiencia del gasto público. Esta postura es un obstáculo para la utilización de la contratación pública como instrumento para conseguir objetivos sociales y medioambientales y un freno a la innovación. «Profesionalizar no requiere nuevas leyes», dirá el Ministro de Asuntos Económicos, Agricultura e Innovación en el discurso de inauguración de la *Conferencia sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE*, antes citado.

Desprenderse de la excesiva rigidez jurídica y poner el acento en la búsqueda de la eficiencia, supone abandonar por parte de los gestores públicos de la contratación una posición «pasiva» y lanzarse a actuar en el mercado con una visión de sus funciones que se alejan de lo burocrático e incluyen la planificación estratégica y la gestión de proyectos y riesgos. En apoyo del aspecto práctico de la profesionalización, se propone, la creación de estructuras que den apoyo a los poderes adjudicadores *sobre cuestiones individuales* más allá de la elaboración de manuales

y bases de datos, y se subraya la importancia del intercambio de experiencias y la difusión de buenas prácticas y metodologías³¹⁵.

También respecto del apoyo a los operadores económicos se propugna un enfoque práctico, con la creación de sistemas de apoyo y asistencia administrativa para participar en los procedimientos de licitación, incluso de otro Estado miembro.

1.3. Responde a un planteamiento ético

La preocupación por la integridad tiene su reflejo en las propuestas de directivas. Si hasta el momento el enfoque ético está implícito en las directivas actuales, pero muy constreñido al ámbito de la moralidad de los operadores económicos³¹⁶, en el proceso de reforma surge la necesidad de potenciar la objetividad de las autoridades y empleados públicos, como contrapunto a las exigencias de simplificación de procedimientos y de menor reglamentación y la lucha contra la corrupción y el favoritismo se convierten en uno de los objetivos de la modernización³¹⁷.

Se define el conflicto de intereses con un ámbito de aplicación amplio, que afecta a los empleados del órgano de contratación o de los proveedores de servicios para la contratación que intervengan en un procedimiento, así como a los miembros de la autoridad contratante que puedan influenciar el resultado de un procedimiento de adjudicación aunque formalmente no estén involucrados en el. Asimismo se propone que los candidatos y licitadores sean excluidos en cualquier momento del procedimiento si se demuestra que han realizado prácticas colusorias, intentando influenciar en la decisión del órgano de contratación u obtener información confidencial que les de ventaja frente a otros licitadores, o realizando acuerdos colusorios o proporcionando información engañosa que pueda tener influencia en las decisiones sobre exclusión o selección de candidatos y licitadores o sobre la adjudicación del contrato.

315. Ver Informe sobre la modernización de la contratación pública de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor, 2011/2048(INI). Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2011-0326+0+DOC+PDF+V0//ES>

316. *Vid.* el considerando 43 de la Directiva 2004/18/CE y el correspondiente considerando 40 de la Directiva 2004/17/CE.

317. Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI), considerandos 42 a 46.

1.4. Dedicar una especial atención a los pequeños poderes adjudicadores y a las PYME

En todos los informes y resoluciones previos a las propuestas de directivas, late una especial preocupación por los poderes adjudicadores de nivel local y por las PYME.

Los pequeños poderes adjudicadores, poderes locales y regionales, se consideran los grandes damnificados de la complejidad de la contratación pública, pues para ellos, el coste de los procedimientos de adjudicación resulta excesivo y los aboca a la ineficiencia³¹⁸. El Comité de las Regiones, en el informe sobre la modernización de la contratación pública, hace hincapié en que los procedimientos actuales suponen una carga desproporcionada para los organismos pequeños y aboga por que se les preste una atención especial³¹⁹.

Por su parte las PYME, como se ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones, se enfrentan a importantes obstáculos para acceder a los contratos públicos, y su participación en las licitaciones de otros Estados miembros es prácticamente inexistente. Para ambos se reclaman actuaciones específicas, centros que ofrezcan asistencia técnica a los pequeños poderes adjudicadores y sistemas que brinden apoyo administrativo a las PYME.

2. ACTUACIONES QUE SE PROPONEN PARA CONSEGUIR LA PROFESIONALIZACIÓN

La Resolución del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2011, propone una serie de actuaciones dirigidas a la profesionalización del personal de los poderes adjudicadores y de los operadores económicos, algunas tendrán su reflejo directo en las Propuestas de Directivas, otras quedan encomendadas a la iniciativa de la Comisión y de los Estados miembros.

2.1. Formación

Hay un consenso general en la importancia de desarrollar progra-

318. Como pone de relieve el estudio de la Comisión Europea sobre *Costes y eficiencia de la contratación pública en Europa*, de marzo de 2011, el coste de los procedimientos de contratación no está en relación con el valor del contrato, por lo que para los contratos de menor valor, los costes resultan proporcionalmente mucho más elevados. Disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modern

319. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:192:0004:0009:ES:PDF>

mas de formación para las autoridades contratantes y los operadores del mercado. Los programas de formación de los empleados públicos, deben tener un planteamiento multidisciplinar, por una parte deben enfocarse a la formación en conocimientos, pero también deben recoger el enfoque práctico y abarcar la formación en competencias y en valores y no olvidar las habilidades en relación a las tecnologías de la información y la comunicación.

Las áreas de conocimiento en las que se han puesto de manifiesto más carencias durante el proceso de participación abierto por la Comisión para la reforma de las Directivas, son fundamentalmente las que se refieren a los aspectos sociales y medioambientales.

La formación en valores, es otro de los puntos fuertes. Los gestores de la contratación deben de haber interiorizado los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación y la lucha contra la colusión. La formación debe tener por objetivo que los empleados públicos interioricen los costes de la corrupción en términos de recursos públicos y las ventajas de adoptar comportamientos éticos evitando los conflictos de intereses. Se debe centrar también en dotar a los gestores de formación sobre la detección de los signos de colusión y de corrupción y sobre los procedimientos a seguir en los casos en que se observen comportamientos irregulares³²⁰. En algunos países como EEUU, la formación previa en estas materias es requisito imprescindible para ocupar puestos públicos con funciones de contratación³²¹.

Por último, no hay que olvidar el gran reto de la contratación electrónica, los medios de información y comunicación electrónicos deben convertirse en el método estándar de comunicación e intercambio de información en los procedimientos de contratación. La propuesta de directiva de contratación pública establece que, a más tardar dos años después de la fecha límite de trasposición prevista para el 30 de junio de 2014, todos los procedimientos de contratación sometidos a la directiva se lleven a cabo utilizando medios de comunicación electrónicos. Ello exige que los Estados y la Comisión inicien importantes actuaciones en materia de formación, pues como se ha puesto de relieve en el *Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica*

320. Conclusiones del Foro: «Colusión y corrupción en la contratación pública», organizado por la OCDE en 2010, disponibles en <http://www.oecd.org/dataoecd/35/19/46235884.pdf>

321. En este aspecto cabe mencionar la iniciativa de la Comisión Nacional de la Competencia de elaborar la *Guía sobre contratación pública y competencia*, dirigida a las entidades del sector público españolas, Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=296580>.

en la UE, la experiencia nos dice que las iniciativas en materia de contratación pública que han tenido éxito incluyen un gran apoyo a la formación de usuarios. Además, los planes de formación que se diseñen deberán tener en cuenta que estamos ante herramientas sometidas a una evolución constante y acelerada, y es necesario que los gestores reciclen sus conocimientos con frecuencia.

Para la formación de los operadores económicos, el Parlamento Europeo toma como referencia la experiencia francesa. Francia, oferta a través de la página web *www.achatpublic.com*, formación presencial a las empresas, sobre aspectos prácticos tales como preparar una oferta electrónica, negociar con un comprador público y analizar las ofertas de los competidores y defender sus derechos frente a una adjudicación desfavorable a sus intereses. Incluso oferta un ciclo de cuatro módulos para convertirse en experto en contratos públicos con un certificado oficial.

Dentro de los operadores económicos, se reclama especial atención para las organizaciones no gubernamentales que prestan servicios sociales, pues en un marco en el que cada vez más la prestación de este tipo de servicios tiene carácter público y por ello está sometida a procedimientos de licitación, es necesario apoyar a estas organizaciones en el acceso a los contratos públicos, ya que de otra manera la supervivencia de aquellas de menor tamaño o que cuentan con implantación solo a nivel local se haya muy comprometida.

2.2. Creación de servicios de asistencia y apoyo

Puesta de manifiesto la complejidad de la contratación pública, la formación de los agentes implicados debe reforzarse con actuaciones de apoyo desarrolladas por la Comisión y los Estados miembros.

Hasta el momento el apoyo que se prestaba era fundamentalmente indirecto, poniendo a disposición de los órganos de los poderes adjudicadores, bases de datos, guías de buenas prácticas, manuales, etc. Ahora se pretende dar un paso más hacia un soporte directo, mediante la creación de servicios de asistencia.

La Comisión y los Estados han creado sistemas de información fundamentalmente de contenido jurídico, la Resolución del Parlamento Europeo de 2011 y las consultas previas pusieron de manifiesto la necesidad de que la Comisión fundamentalmente, pero también los Estados miembros, avanzaran en la puesta a disposición de los poderes adjudicadores y operadores económicos, de instrumentos que les permitan tomar decisiones. El Parlamento exige de la Comisión la creación y mante-

nimiento de una base de datos en relación con los criterios sociales y medioambientales, que permita las autoridades públicas verificar fácilmente el cumplimiento de las normas pertinentes. Asimismo, solicita que la Comisión, en colaboración con los Estados miembros, elabore una metodología para el cálculo de los costes del ciclo de vida, tal y como había propuesto la Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria, para facilitar a las autoridades contratantes información adecuada sobre la aplicación de los aspectos medioambientales y otros aspectos en materia de sostenibilidad. La Comisión de Empleo y Asuntos Sociales también pidió que la Comisión publicara un manual de uso práctico y claro para los poderes adjudicadores sobre la contratación pública social. A su vez, la Comisión de Desarrollo Regional solicitó la elaboración de una guía de buenas prácticas para la contratación pública precomercial.

Pero además, consciente de que en muchos casos las autoridades contratantes no tienen la habilidad para desarrollar procedimientos de contratación complejos y que un soporte adecuado, independiente y profesional realizado por estructuras administrativas apropiadas puede mejorar considerablemente los resultados de la contratación, expandiendo el conocimiento y la profesionalización de los compradores públicos y dando asistencia a las empresas, especialmente a las PYME, el Parlamento Europeo obliga a los Estados a crear estructuras que ofrezcan asesoramiento legal y económico, orientación, entrenamiento y asistencia en la preparación y desenvolvimiento de los procedimientos.

En concreto, el artículo 87 de la propuesta de directiva de contratación pública, insta a los Estados miembros a crear organismos que den soporte a los poderes adjudicadores mediante consultoría legal y económica y la asistencia en la preparación y desarrollo de los procedimientos. Estos organismos deben asegurar también que los poderes adjudicadores puedan encontrar ayuda para cuestiones individuales.

Asimismo, debe garantizarse a los operadores económicos la asistencia necesaria para acceder a la contratación pública, utilizando fundamentalmente sistemas electrónicos o las redes ya existentes de ayuda a las empresas. Incluso se prevé la obligación de ofrecer ayuda específica para participar en procedimientos de adjudicación en otros Estados miembros, como medio de fomentar la concurrencia a licitaciones de otros estados. Esta asistencia debe cubrir los aspectos lingüísticos y los requisitos administrativos, tasas, legislación medioambiental y laboral, etc. del Estado en el que se licita.

2.3. Intercambio de información y buenas prácticas

El intercambio de información y de buenas prácticas está considerado por la Comisión como un instrumento clave para conseguir una transposición de la legislación de la UE correcta y homogénea. El informe «Europa puede hacerlo mejor. Informe sobre buenas prácticas en los Estados miembros para la aplicación de la legislación de la UE de la manera menos onerosa posible»³²² indica cómo del análisis de los procedimientos de contratación pública se advierte la gran diferencia en duración y coste de los procedimientos de unos Estados a otros, lo que muestra que existe un amplio margen para mejorar la eficiencia³²³, por ello recomienda que los Estados miembros definan un marco para el intercambio regular y estructurado de mejores prácticas en relación a la aplicación de la legislación de la UE.

En el ámbito de la contratación electrónica el Parlamento Europeo pone de manifiesto que algunos Estados miembros ya están implementando procedimientos eficientes de contratación pública que garantizan la transparencia y el uso adecuado de los impuestos de los contribuyentes³²⁴ e insta a la Comisión a que los analice y apoya que la plataforma *epractice.eu* se convierta en un instrumento eficaz para el intercambio de experiencias e información entre los Estados y los profesionales de la administración electrónica, e insta a que su alcance se amplíe a los profesionales locales y regionales.

Hay que advertir sin embargo, que en algunos ámbitos, como en

-
322. Elaborado por el Grupo de Alto Nivel de Partes Implicadas Independientes sobre cargas Administrativas, creado en 2007 para asesorar a la Comisión sobre la aplicación del Programa de Acción para la reducción de los cargos administrativos en la Unión Europea, de fecha 15 de noviembre de 2011. Disponible en: http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/admin_burden/best_practice_report/docs/bp_report_signature_es.pdf
323. Según el Estudio de la Comisión Europea sobre Costes y Eficiencia en la Contratación Pública en Europa de marzo de 2011, citado en nota 1 de la página 14, la duración habitual de un procedimiento de contratación pública, computando desde la fecha de publicación del anuncio de contrato hasta la adjudicación, varía de 77 a 241 días y los costes medios de los procedimientos (días de trabajo/persona para autoridades y empresas) varía entre 22 y 93 días.
324. El informe «Europa puede hacerlo mejor. Informe sobre buenas prácticas en los Estados miembros para la aplicación de la legislación de la UE de la manera menos onerosa posible» cita como buena práctica el Sistema de contratación pública totalmente digitalizado en Portugal. Desde el 1 de noviembre de 2009 los procedimientos de licitación en Portugal deben realizarse a través de una plataforma electrónica (<http://www.ancp.gou.pt>). Este país es actualmente el más adelantado de Europa en la aplicación de la contratación electrónica, con una tasa de contratación pública electrónica del 75% frente al 15% de media en la UE.

la contratación pública socialmente responsable, el uso compartido de mejores prácticas se ve dificultada por las diferencias normativas entre los Estados miembros en cuanto a políticas sociales y de empleo.

2.4. Externalización de funciones auxiliares a la contratación

La utilización de servicios auxiliares en la contratación no es una novedad, el supuesto más común sería el recurso a trabajos de consultoría para la elaboración de prescripciones técnicas, pero en los últimos años se ha puesto de manifiesto que en algunos ámbitos como la utilización de medios electrónicos puede ser fundamental. El *Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE* pone de relieve como el éxito de numerosos sistemas de contratación pública electrónica ha consistido en implantar un modelo basado en el suministro por terceros a través de una red.

Las propuestas de directivas, admiten expresamente la externalización de *actividades auxiliares de la contratación* mediante el recurso a *prestadores de servicios auxiliares de la contratación*, que apoyen a los poderes adjudicadores, fundamentalmente en:

- Infraestructuras técnicas que permitan a los poderes adjudicadores adjudicar contratos públicos o celebrar acuerdos marco de obras, suministros o servicios;
- Asesoramiento sobre la realización o la concepción de los procedimientos de contratación pública;
- Preparación y gestión de los procedimientos de contratación en nombre del poder adjudicador y por cuenta de éste.

Será necesario, por supuesto, la formalización del correspondiente contrato previa tramitación de un procedimiento de adjudicación de acuerdo con las normas de las directivas.

2.5. Técnicas de agregación de la demanda

En todos los Estados miembros hay una marcada tendencia a crear estructuras para la agregación de la demanda por los compradores públicos, con el fin de obtener mediante economías de escala, la reducción de los precios y de los costes de transacción.

Tanto el Parlamento Europeo como la Comisión reconocen que este recurso a las compras centralizadas y centrales de compra, contribuye a profesionalizar la gestión de la contratación, sobre todo en el caso de los pequeños poderes adjudicadores.

Sin embargo, también advierten que la agregación y la centralización de las compras deben utilizarse con precaución, pues pueden tener importantes efectos negativos respecto de la concurrencia; la excesiva concentración de poder adquisitivo puede producir el cierre del mercado, además de fomentar la colusión, y restringir las posibilidades de acceso al mercado de las pequeñas y medianas empresas³²⁵.

V. A MODO DE CONCLUSIONES

Como resumen de todo lo expuesto, podemos decir que dentro del actual proceso de modernización del régimen de contratación pública europeo, se acentúa el interés por fomentar la profesionalización, entendida esta como la necesidad de responder a los grandes retos de la contratación pública con formación, información y apoyo a los agentes implicados, tanto a autoridades y empleados públicos de los poderes adjudicadores como a los operadores económicos.

Se trata de una exigencia que no está condicionada a la aprobación de las propuestas de directivas que acaban de iniciar su tramitación, sino que debe ser un objetivo inmediato para la Comisión y los Estados miembros, pues de ella depende en gran parte la eficiencia de la contratación, tan importante para conseguir la buena administración de los fondos públicos.

Será necesario en algunos casos, reorganizar o perfeccionar las actividades de los mecanismos y estructuras ya existentes, en otros habrá que crear nuevas estructuras que se ocupen decididamente de estas tareas. Las propuestas de directivas, denominan *Centros de conocimientos* a las estructuras administrativas que tienen como objeto dar apoyo profesional adecuado e independiente a los compradores públicos y prestar asistencia a las empresas. A pesar de la situación de crisis económica en que la tendencia es reducir los costes de funcionamiento de las adminis-

325. A este respecto, resulta interesante la doctrina fijada por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 29/2011, de 15 de diciembre, en relación con la celebración de un acuerdo marco para la prestación de servicios postales a una pluralidad de entes públicos aragoneses. El Tribunal, considera que la utilización de la contratación centralizada debe responder a los principios de eficacia y eficiencia, pero también proteger el principio de no discriminación velando porque no se produzcan efectos restrictivos de la competencia y señala como indicadores para valorar si una contratación centralizada limita la competencia, aspectos como el ámbito de poderes adjudicadores a los que afecta, el posible número de adjudicatarios previsto, si son uno o varios y la existencia de división en lotes.

traciones, el Parlamento Europeo defiende que la creación de centros de conocimientos y también de los organismos de supervisión, no generará en conjunto, una carga financiera adicional para los Estados miembros, pues aunque entrañará algunos gastos, estos quedarán neutralizados por la reducción de los costes de los litigios (tanto para los poderes adjudicadores como para las empresas) y de los derivados de los retrasos en la adjudicación de los contratos, debido a la aplicación incorrecta de las normas de contratación pública o a la mala preparación de los procedimientos de contratación, así como de los costes que acarrearán la fragmentación y la ineficiencia del asesoramiento que se ofrece actualmente a los poderes adjudicadores.

Parece que se está pensando en un sistema integrado, que abarque todos los aspectos de la profesionalización y que desde luego se base en un soporte electrónico. No existe un modelo perfecto que se pueda tomar como referencia, sino que hay diversas iniciativas muy interesantes pero fragmentarias que pueden servir de ejemplo. Quizás la estructura más completa sea la que los Países Bajos han desarrollado en el proyecto PIANOo.

PIANOo³²⁶ es un centro de conocimiento creado por el Gobierno Holandés para dar apoyo a los empleados públicos y a las autoridades contratantes, además de servir de plataforma de diálogo entre estas y las empresas. Tiene ámbitos abiertos al sector público y al privado, y otros a los que solo pueden acceder los poderes públicos. Ofrece distintos servicios como una plataforma de información permanentemente actualizada, catálogos de especificaciones técnicas, una guía de criterios y procedimientos prácticos para una contratación pública sostenible, tiene un servicio de asesoramiento sobre cuestiones legales complejas que lleva a cabo un grupo de expertos, cuenta con una plataforma de uso exclusivo de los profesionales del sector público que sirve de foro de intercambio de opiniones y experiencias, organiza congresos, jornadas y cursos entre los que destaca el curso sobre normativa de contratación pública abierto a empleados públicos y a abogados, edita publicaciones especializadas, y en general aglutina todas las cuestiones relativas a la contratación pública.

Hay que recordar que cualquier iniciativa que se tome debe realizarse en un marco de colaboración y coordinación. Las propuestas de directiva inciden en que es necesaria una cooperación eficaz para que el asesoramiento y las prácticas en cada Estado miembro y en toda la

326. <http://www.pianoo.nl>

Unión sean coherentes. Los organismos designados para las tareas de seguimiento, aplicación, control y asistencia técnica deben ser capaces de compartir información y cooperar; en el mismo contexto, la autoridad nacional designada por cada Estado miembro debe actuar como punto de contacto preferente con los servicios de la Comisión para la recogida de datos, el intercambio de información y la supervisión de la aplicación de la legislación sobre contratación pública de la UE. Junto a esta cooperación Comisión-Estados miembros, es necesario incidir en la necesaria colaboración con todas las instituciones públicas y privadas relacionadas con la contratación pública. Por lo general, los Estados no han asumido hasta ahora funciones proactivas en aspectos como la formación y la investigación, que en gran medida han sido asumidas por universidades o entidades privadas, quedando las administraciones en un papel de patrocinador de las mismas a través de congresos, jornadas, etc.³²⁷ El cambio que se busca hacia un modelo más activo de los entes públicos tendrá que desarrollarse en colaboración con el resto de los agentes interesados, en especial con universidades y asociaciones empresariales. Hay un dato muy revelador de la implicación e interés de los entes no públicos en la contratación pública y es que el 60% de las respuestas al Libro Verde sobre la modernización, provinieron de empresarios (40%), organizaciones de la sociedad civil (17%) y particulares (3%). De hecho la propia comunidad de profesionales e investigadores relacionados con la contratación ha tomado la iniciativa de crear observatorios que sirven como plataformas con el objetivo de apoyar la práctica de la contratación difundiendo información y participar en el proceso de transformación de la misma aportando ideas y propuestas³²⁸.

Respecto de las actuaciones propuestas, todas ellas muy interesantes, hay que recordar un aspecto que también se ha mencionado durante el proceso de participación pero que no se ha plasmado en la resoluciones del Parlamento Europeo, y que es fundamental para conseguir la profesionalización, el desarrollo de una carrera profesional de los individuos que participan en el proceso de contratación, sobre todo de los empleados públicos. Hemos visto que Francia ha creado un diploma de experto en contratos públicos dentro de su plan de formación para las

327. Así se pone de relieve en el estudio elaborado por SIGMA, *Central Public Procurement Structures and Capacity in Member States of the European Union*, SIGMA Papers n° 40 (2007).

328. Cabe citar: *The publicprocurementnetwork* (www.publicprocurementnetwork.org) a nivel europeo, el Osservatorio di Diritto comunitario e Nazionale sugli appalti pubblici (www.osservatorioappalti.unitn.it) en Italia y en España, el Observatorio de Contratación Pública (www.obcp.es).

empresas. El Reino Unido por su parte, implementó un servicio denominado *The Government Procurement Service (GPS)*³²⁹ que además de buscar la capacitación de los empleados públicos dedicados a la contratación, pretendía ser un instrumento para que estos, desarrollaran su carrera profesional. Para ello creaba unos perfiles profesionales, implementaba un Continuous Professional Development (CPD) y servía como tablón de anuncios de las ofertas de empleo público en materia de contratos. La profesionalización de los gestores exige atraer y retener a las personas cualificadas y esto no se puede conseguir sino se les garantiza un desarrollo profesional.

Para finalizar, cabe hacer una breve consideración a nuestro país. España no ha desarrollado hasta el momento ningún sistema de apoyo e información sobre la contratación pública. En el ámbito del apoyo a los poderes adjudicadores destaca la labor que han llevado a cabo las Juntas Consultivas de Contratación, pero no existe actualmente un soporte legal y jurisprudencial actualizado accesible con carácter general. Respecto de los sistemas de apoyo a operadores económicos, dejando aparte la iniciativa desarrollada por el Gobierno Vasco en relación con la contratación electrónica³³⁰, los mismos son inexistentes. Por lo tanto existe un gran campo de acción en el que emprender iniciativas, que no nos cansaremos de repetir tienen que tomar en consideración a todos los sectores interesados en la contratación, deben basarse en los principios de cooperación y coordinación y tomar como referencia las buenas prácticas que ya se han implementado en otros Estados. Quizás el primer paso debería ser aglutinar en alguna estructura formal a una representación de los distintos intereses públicos y privados en relación con la contratación pública para reflexionar sobre las líneas a seguir y proponer alternativas.

329. The Government Procurement Service tenía por objeto incrementar la capacitación de los profesionales de la contratación pública, asegurando que tenían el perfil, los conocimientos y la experiencia necesarios para dirigir la contratación pública, facilitando el desenvolvimiento de los servicios públicos y la implementación de las políticas del Gobierno.

330. <http://www.jusap.ejgv.euskadi.net>

Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos

PATRICIA VALCÁRCEL FERNÁNDEZ

Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Vigo

SUMARIO: I. CONTRATACIÓN PÚBLICA EN TIEMPOS DE CRISIS: SU ADAPTABILIDAD A LOS OBJETIVOS DE POLÍTICA ECONÓMICA. II. EL AUGE DE LAS FÓRMULAS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA. III. ¿COMPATIBILIDAD DEL FOMENTO DE FÓRMULAS DE CPP CON UNA COYUNTURA DE CRISIS?. IV. EL *VALUE FOR MONEY* COMO CRITERIO DE EFICIENCIA EN LAS CPP.

I. CONTRATACIÓN PÚBLICA EN TIEMPOS DE CRISIS: SU ADAPTABILIDAD A LOS OBJETIVOS DE POLÍTICA ECONÓMICA

Cómo afrontar la financiación de los proyectos públicos es un tema que preocupa desde antiguo, en realidad desde siempre, pero las reflexiones sobre el mismo se agudizan en momentos difíciles como los que transitamos. La crisis económico-financiera internacional en la que estamos inmersos desde el año 2007 ha tenido un impacto muy significativo en las finanzas públicas. Si bien las repercusiones concretas y las respuestas ensayadas para hacerle frente han variado de unas economías a otras dependiendo de la estructura productiva y financiera de cada país. Por lo que a España se refiere, las secuelas de esta crisis sin precedentes son visibles en los tres niveles de gobierno, materializándose en un importante varapalo en los saldos presupuestarios y en un incremento relevante de los niveles de deuda y déficit públicos, favorecido por una coyuntura macroeconómica inestable, unos ingresos públicos

mermados por el descenso de los ingresos fiscales y unos niveles de gasto público «fijo» excesivamente elevados³³¹.

Nos encontramos en un momento crucial, en el que se impone adaptar muchos instrumentos jurídicos a las circunstancias reales que nos rodean y replantearse seriamente los pilares en los que venía descansando el «*Estado del Gran Bienestar*» en el que habíamos desembocado³³². El sempiterno debate acerca del grado ideal de intervención pública –en ese vaivén cíclico en el que se mueve–, últimamente venía ya apuntando hacia la defensa de un Estado que repliegue su actuación como operador económico para adoptar un papel de regulador y de control. Aunque la realidad demuestra que no resulta fácil determinar cuál sería el tamaño óptimo del sector público, –entre otras cosas porque en ello influyen factores de índole muy variada, desde razones económicas, a histórico-culturales³³³–, de lo que no parece dudarse tanto es

331. Vid. MORÁN MÉNDEZ, E., «Retos del control externo autonómico después de la crisis», *Auditoría Pública*, nº 52, 2010, en especial pp. 46 y 47; FERNÁNDEZ DÍAZ, A., «Cara y cruz de la política económica española: un dispositivo para la salida de la crisis», *Revista Española de Control Externo*, Vol. 12, nº 34, 2010, pp. 15-48; BLANCO MORENO, A., «Estabilidad presupuestaria en tiempos de crisis», *Revista española de control externo*, Vol. 11, nº 32, 2009, pp. 43-78.

332. Con anterioridad a la crisis, numerosas voces ya planteaban si era asumible la tremenda expansión experimentada por el gasto público a partir de la paulatina y constante asunción de responsabilidades por el Sector público, especialmente evidente tras la II Guerra Mundial. Este panorama favoreció una frecuente desconexión entre el coste de atención de dichas responsabilidades y la disponibilidad de fondos para su financiación, ocasionando una acusada flexibilización en la disciplina presupuestaria, diluyéndose así la relevancia y significado del «presupuesto» como marco de referencia fiable de las actuaciones públicas programadas para un determinado ejercicio o período y de las necesidades financieras para su materialización. En todo caso, hay que hacer notar que la propia concepción de los presupuestos facilita la existencia de déficits y de desequilibrios presupuestarios, dado el asimétrico comportamiento de los gastos y de los ingresos que se produce a lo largo de un ejercicio económico. No en vano, los derechos presupuestarios, principalmente de carácter tributario, son una variable condicionada por el nivel de actividad del sistema económico, mientras que el capítulo de gastos demuestra una propensión al crecimiento y a su consolidación. Vid. CUÑADO AUSÉN, G., «Implicaciones presupuestarias y contables de la colaboración público-privada. Su incidencia en el cumplimiento de estabilidad presupuestaria », *Jornadas Técnicas sobre Colaboraciones Público-Privadas*, 27 y 28 de marzo de 2008, pp. 1-2. Puede consultarse en la página web: http://www.cesmadrid.es/tya_eyes.html (última consulta 17 de marzo de 2012). Asimismo, BLASCO DELGADO, C., «Cuestiones esenciales del Análisis Jurídico Financiero de las fórmulas de colaboración público-privada en la financiación de obras y servicios públicos en España», *Pecunia*, nº 8, 2009, pp. 18-19.

333. En 2009, el peso del sector público en las economías del conjunto de los 30 países más desarrollados que conforman la OCDE, se situaba en una media del 44,8% de su PIB. En los extremos, se encontraban México, país de la OCDE donde el gasto público representaba el 23% del PIB–, y Suecia –país de la OCDE donde el gasto

acerca de la necesidad de garantizar una disciplina fiscal que impida que los desequilibrios presupuestarios pongan en riesgo el necesario equilibrio macroeconómico que coadyuve a disfrutar de niveles crecientes de producción, renta y bienestar³³⁴.

El cambio enunciado pasa, entre otras cosas, por repensar el modelo de Administración que hoy se necesita, por delinear para ella un perfil bajo el que satisfacer los cometidos públicos y que, simultáneamente, resulte asumible en términos de sostenibilidad. Si uno de los elementos que caracteriza cualquier sistema social es su carácter permanentemente dinámico y evolutivo, –lo que le permite dar respuesta a las circunstancias sociales, políticas y económicas imperantes en cada época–, su esencia moldeable se hace en ciertos momentos, como el actual, especialmente imprescindible. Hoy resulta prioritario para los responsables públicos modernizar las fórmulas de organización y gestión pública. Hay que definir un nuevo escenario en el que el «bloque de lo público» sea capaz de amoldarse a las necesidades reales y en el que se pueda disponer de mecanismos y procedimientos que permitan cumplir y fortalecer muchos de los principales objetivos que deben respetar las Administraciones públicas sobre la base de principios tales como los de eficacia, eficiencia, economía o seguridad jurídica, o el de estabilidad presupuestaria. Este último está alcanzando unas connotaciones especiales, hasta el punto de que ya ha adquirido carta de naturaleza constitucional en distintos Estados miembros de la UE y previsiblemente será incorporado en otros Textos. En los años venideros las Administraciones habrán de hacer notables esfuerzos tendentes al cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, para lo cual han de establecerse exigentes medidas de reducción del déficit público. Se ha iniciado un proceso intenso por afianzar una interdependencia real entre ingresos y gastos públicos. Este proceso se sustenta en la limitación del comportamiento autónomo de los segundos, que han de quedar vinculados al volumen de los primeros en aras a frenar la existencia de un déficit presupuestario crónico³³⁵. En todo caso, la adopción de nuevos modelos

público representaba el 57% de su PIB–. Vid. BLANCO MORENO, A., «Estabilidad presupuestaria en tiempos de crisis », *Revista Española de Control Externo*, vol. 11, n° 32, 2009, p. 43.

334. Vid. BLANCO MORENO, A., «Estabilidad presupuestaria...», *opus cit.*, pp. 43-44; EU (2008): *The quality of public finances and economic growth. Economic Paper 337*.

335. Vid. MÉNDEZ MORÁN, E., «Retos del control externo...», *opus cit.*, p. 50; BLASCO DELGADO, C., «Cuestiones esenciales...», *opus cit.*, pp. 18-19; CUÑADO AUSÉN, G.; «Implicaciones presupuestarias...», *opus cit.* Puede consultarse en la página web: http://www.cesmadrid.es/tya_ey.html (última consulta 17 de marzo de 2012).

de gestión normalmente no es fácil y tampoco es inocua, pues, por ejemplo, en cuanto a la financiación de proyectos públicos, podría suponer *de facto* un cambio radical de los sujetos que asuman efectivamente su coste, como luego se comentará.

En lo que al tema de fondo que nos ocupa concierne, la referencia inicial de la que ha de partirse radica en que la importancia económica y social de las compras que realizan los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública europea –dentro del cual adquieren especial relevancia las Administraciones Públicas– no es cuestionable³³⁶. Teniendo presente la relevancia económica de la contratación pública, en un contexto como el descrito, hay que tener muy en cuenta el enorme potencial que ésta representa en orden a impulsar ciertas políticas públicas o ciertas pautas de comportamiento en la Administración pública. Esto es, debe valorarse que la contratación pública constituye un instrumento del que pueden y deben valerse los entes del sector público y que puede ser clave para conseguir diversos fines de interés general que tienen encomendados³³⁷.

La experiencia demuestra que también la contratación pública ha servido de cauce para impulsar el tipo de política que en cada momento se ha entendido más adecuada para hacer frente a la crisis que sufrimos³³⁸.

Cuando en 2007 estalla la crisis, el Gobierno español intenta reactivar

-
336. De acuerdo con los últimos datos disponibles, en el marco de UE se ha calculado que la contratación pública representa nada menos que el 17.23% del PIB (más de 1500 billones de euros). Por lo que a España se refiere, en 2008, según datos del *Public Procurement Indicators* de la Comisión Europea (DG Mercado Interior), de 27 de abril de 2010, alcanzó el 14.90% del PIB. No obstante, es lo cierto que la crisis ha hecho que estos porcentajes se recorten varias décimas.
337. Así lo ha recordado de forma significativa la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Aragón en su Informe 17/2008, de 21 de julio, en el que pone de manifiesto que: «*la contratación pública no puede ser considerada como un fin en si mismo sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas*». Insiste en ello 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 Monografías de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monográfico X, Zaragoza, 2008, páginas 211 a 252.
338. Vid. MORENO MOLINA, J. A., «Crisis económica y contratos públicos: el Real Decretoley 9/2008 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», *Contratación Administrativa Práctica*, n° 83, 2009, pp. 37 a 46; GIMENO FELIÚ, J. M., «Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 9, 2010, pp. 50-55.

var la economía del país, entre otras medidas, a través del aumento de la inversión pública, que fue también la primera opción ensayada en los EEUU con los planes Obama 2008 y 2010. Es así que se crean los conocidos como «Plan E I» y «Plan E II», de apoyo a la obra pública local y que se esperaba tuviesen una incidencia positiva en la creación de empleo. En efecto, a través del Real Decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre, se crea 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 su financiación. Este fondo puso a disposición de las entidades locales 8.000 millones de euros que debían gastarse en proyectos (31.000) de inmediata puesta en marcha y realización. El objetivo era aumentar a corto plazo la inversión pública en el ámbito local, mediante la financiación de obras de nueva planificación, ejecución inmediata y competencia propia de las entidades locales, lo que se pensaba tendría una incidencia directa en la creación de empleo.

Por su parte, el Real Decreto-ley 13/2009, de 26 de octubre, crea el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local para el 2010, por un importe de 5000 millones de euros para financiar 30.620 proyectos con los que se esperaba crear 274.000 empleos. Seguramente en un primer momento el Gobierno español subestimó la gravedad de lo que se avecinaba al impulsar estos planes, pues hay que reconocer que no constituyeron auténticas y completas estrategias de política económica.

A la luz de la situación extremadamente negativa a la que la crisis nos conducía, a partir de 2010, la actitud gubernativa del Estado ante ella experimenta un cambio sustancial, apostándose por acentuar los recortes del gasto público. Se aprueba un Plan de Acción Inmediata y un Plan de Austeridad 2010/2013 con el fin primordial de reducir el déficit público. En paralelo, los distintos Presupuestos Públicos recortan cada vez más la partida de las inversiones públicas; a título de ejemplo, los Presupuestos Generales del Estado para Infraestructuras e I+D+i se redujeron para 2010 en un 1.4%, y un año más tarde la propuesta inicial suponía un recorte sobre el anterior de un 31%.

En definitiva, tras el intento fallido de reactivar la economía a través de una política basada en la inversión pública, se cae poco a poco en una espiral de restricciones, que, naturalmente comprende también a los recursos destinados las obras, servicios y suministros que adquieren en el mercado los entes del sector público. Se intensifica la importancia de observar un mandato que debía haber estado mucho más presente en el comportamiento de estas entidades y que aparece en el frontispicio del actual artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del

Sector Público (TRLCSF), que con carácter general establece que: «La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, **en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa**».

En los años venideros las Administraciones están abocadas a hacer notables esfuerzos tendentes al cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, para lo cual han de establecer exigentes medidas de reducción del déficit público. La reforma, por lo que a España se refiere, **del artículo 135 de la Constitución el 27 de septiembre de 2011, con las implicaciones que entraña, a prioriasí lo impone**³³⁹.

Desde luego, las nuevas coordenadas derivadas de la crisis y las incertidumbres asociadas a la misma obligan a replantearse las prioridades en el gasto público y, de forma análoga, la necesidad de velar decididamente por su control externo de forma que garantizar la sostenibilidad de las finanzas públicas sea una obligación ineludible y su cumplimiento el parámetro de eficiencia de cualquier actuación pública. No obstante, el diseño de un programa riguroso de estabilidad presupuestaria no resultará nada fácil habida cuenta de la existencia de una serie de inconvenientes en modo alguno menores, tales como la considerable rigidez de gran parte del gasto público; el aumento de los gastos financieros a consecuencia del incremento del volumen de la deuda y, a corto plazo al menos, la previsible situación de bajo crecimiento económico, que repercutirá directamente en el comportamiento de los ingresos.

En paralelo a la difícil situación descrita, persisten los enormes cos-

339. Vid. FALCÓN Y TELLA, R.; «La reforma del Art. 135 de la Constitución», *Revista General de Derecho Europeo*, n° 25, 2011; MARTÍNEZ LAGO, M. A.; «Crisis fiscal, estabilidad presupuestaria y reforma de la Constitución», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 24, 2011, pp. 10-21; DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J. M.; LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M.; «Estabilidad presupuestaria y reforma constitucional en España», *Diario la Ley*, n° 7760, 2011; SAURA QUILES, J. J.; «La reforma de la estabilidad presupuestaria en la Constitución Española », *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n° 23-24, 2011, pp. 2755-2765; PALMA FERNÁNDEZ, J. L.; «Claves de la reforma del artículo 135: Derecho constitucional para financieros (sobre joyas, collares y relojes)», *Diario La Ley*, n° 7728, 2011.

tes asociados a la ejecución y/o mantenimiento de muchas infraestructuras y a la prestación de muchos servicios cuya provisión es responsabilidad del sector público y cuyos costes son considerablemente altos. Además, en España, en particular la financiación de infraestructuras todavía se resiente más debido a que para hacerle frente contábamos hasta hace poco con el enorme apoyo proveniente de los Fondos Comunitarios. Es evidente que las infraestructuras de nuestro país han experimentado en las últimas décadas un avance muy significativo –determinante– gracias a ellos. El declive de los importes provenientes por esta vía se deja ya notar en el período actual (2007-2013) y tampoco parece que pueda confiarse en que los Fondos de Compensación Interterritorial vayan a compensar la caída de estos recursos³⁴⁰.

Ante esta cruda realidad, en los últimos tiempos se ha publicado una abundante literatura que estudia la relevancia que pueden tener las fórmulas de Colaboración Público Privada (en adelante CPP) para mitigar, de alguna forma, los efectos devastadores de la crisis que padecemos³⁴¹. Se ha insistido en que puede ser un mecanismo que favorezca un tipo de gestión que permite a las Administraciones Públicas avanzar por el camino de la estabilidad presupuestaria. Esta consideración, en abstracto, peca de genérica, pues no puede ignorarse que la CPP, encierra muchas cosas, muchas variantes, que si bien tienen alguna nota común que es lo que permite integrarlas bajo misma categoría de CPP, presentan también entre sí no pocas diferencias, que impiden hacer respecto de las mismas afirmaciones categóricas de partida.

Teniendo en cuenta el objetivo último de estas páginas, abordaremos dos órdenes de ideas estrechamente interrelacionadas. En primer lugar importa dejar claro que el contexto en el que hoy se plantea la

340. Vid. ORDÓÑEZ SOLÍS, D.; «Las correcciones financieras por la gestión en España de los fondos europeos», *Actualidad Administrativa*, nº 4, 2011, p. 1; MÍNGUEZ FUENTES, R. M.; AGUADO MARISCAL, C.; «Efectos de la política regional comunitaria sobre la dotación de infraestructuras: la contribución de los fondos estructurales para su mejora (2000-2002)», *Ciudad y Territorio: Estudios territoriales*, nº 143, 2005, pp. 21-42.

341. Vid. MARTÍNEZ VILA, J.; «La colaboración público-privada en infraestructuras como fórmula para contribuir a la salida de la crisis», *Economistas*, nº 126, marzo, 2011, pp. 267 a 270; COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, B.; «Presente y futuro de la colaboración público-privada a nivel europeo: aspectos determinantes de su importancia como instrumento eficaz para salir de la crisis», *Noticias de la Unión Europea*, nº 316, 2011, pp. 25 a 29 o, «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado como instrumento eficaz para salir de la crisis», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 110, 2011, pp. 40-45; BRUNETE DE LA LLAVE, T.; «Colaboración público-privada: presente y futuro», *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 321-322.

utilización de técnicas de CPP es muy distinto al que existía hace casi tres décadas cuando surgió con fuerza con la configuración con que hoy las conocemos. En segundo término, veremos que desde la óptica de la estabilidad presupuestaria y del principio de eficiencia en el adecuado uso los fondos públicos, el interés en el fomento de contratos basados en fórmulas de CPP, dependerá de la estructuración prevista para cada tipo de contrato.

II. EL AUGE DE LAS FÓRMULAS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Resulta indiscutible la relevancia que en las últimas décadas han adquirido en muchos países los Partenariados Público-Privados (PPP), Colaboraciones Público Privadas (CPP) o Asociaciones Público Privadas (APP) para la realización de numerosos proyectos públicos de muy diversa índole³⁴², quizás en un primer momento más vinculados con las infraestructuras de transporte y poco a poco extendiéndose a otro tipo de ámbitos como el sanitario, el de la energía, el del tratamiento de residuos, el de la educación o el de los centros penitenciarios. No obstante, ha de tenerse bien presente que la idea de CPP no es unívoca y encierra una gran cantidad de posibilidades, lo que se refleja, entre otros aspectos, en el hecho de que se han propuesto un gran número de definiciones sobre lo que por tal ha de entenderse³⁴³.

342. En realidad, siempre han existido colaboradores de la Administración, y se pueden encontrar los primeros antecedentes normativos históricos de CPP en la Ley General de Obras Públicas de 1877 y en la Ley de Carreteras del mismo año. No obstante, la perspectiva actual que subyace en los modernos planteamientos que se enmarcan bajo la categoría amplia de CPP radica en la intensificación que ha experimentado la adaptación en la forma de concebir y articular cada proyecto a las necesidades o particularidades del mismo –desde su evaluación, diseño, estructuración, ejecución, explotación, control y regulación– y, sobre todo, de las fórmulas aplicables para la asignación de los riesgos involucrados en su realización. Cfr. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.; «La colaboración público-privada como fórmula de externalización de cometidos públicos», *Anuario de la Facultad de Derecho de Orense*, 2007, pp. 645-662; MENÉNDEZ GARCÍA, P.; FERNÁNDEZ ACEVEDO, R.; «Análisis histórico-jurídico de la concesión de obra pública», *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 51-102.

343. La Comisión Europea en su Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones, Bruselas, 30.4.2004 COM(2004) 327 final, reconoce que «La expresión «colaboración público-privada» (CPP) carece de definición en el ámbito comunitario. En general, se refiere a 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 la prestación de un servicio».

A los efectos de estas reflexiones, realizadas desde una óptica global, tomaremos como referencia el amplio concepto aportado por los profesores KLIJN y TEISMAN, que la presentan como aquella «*cooperación entre actores públicos y privados, de carácter duradero, en la que los actores desarrollan conjuntamente productos y/o servicios, y donde se comparten riesgos, costes y beneficios*»³⁴⁴.

Esta forma de presentar la CPP permite identificar dos de los pilares principales en los que descansa el montaje de una operación de este tipo, a saber:

a) La durabilidad de la relación entre las partes implicadas. Los proyectos impulsados a través de CPP presentan, desde diversos puntos de vista, una considerable complejidad. Esto demanda que la cooperación entre el socio público y el privado para que puedan satisfacerse de forma adecuada los objetivos fijados haya de tener carácter duradero y desarrollarse, por lo común, en horizontes de medio y largo plazo.

b) La puesta en marcha de cada proyecto exige una meditada distribución de los roles asumidos por los socios involucrados, lo que se traduce en la necesidad de abordar un adecuado reparto entre ellos de costes, riesgos y beneficios. De forma particular, ha de insistirse en el minucioso examen y organización que ha de hacerse de los riesgos que han de asumir realmente el socio público y el privado. Existen infinidad de fórmulas de CPP, contractuales o no, que introducen mayor o menor intensidad del reparto de riesgos entre el partenariado en función de cómo se articule la vinculación entre las partes, pero siempre ha de producirse una real, efectiva e intensa transferencia de riesgos del sector público al sector privado, pues de lo contrario, no estamos ante una CPP en el sentido reservado a la concepción que nos interesa, en la que hay una mayor «equiparación» en la importancia de los riesgos que asume cada parte.

A partir de estas dos amplias premisas, la configuración de las CPP puede ser ciertamente dispar. Incluso desde el punto de vista del nexo de unión entre el sector público y el privado, se distinguen dos grandes variantes. De una parte, las llamadas CPP contractuales, en las que la

344. Traducción propia de la definición aportada por los autores: «*cooperation between public and private actors with a durable character in which actors develop mutual products and/or services and in which risk, costs, and benefits are shared*». Vid. KLIJN, E. H.; TEISMAN, G.; «Institutional and strategic barriers to public-private partnership: An analysis of Dutch cases», *Paper for the British Academy of Management Conference 2002, 9-11 September 2002, London, Middlesex University*.

relación entre el socio público y el privado se articula a través de un contrato. Al amparo de esta primera categoría pueden quedar incluidas numerosas posibilidades, si bien, quizás el modelo usual sea el articulado a través de contratos de concesión. De otra parte, las CPP institucionales, en las que la cooperación entre los sectores público y privado parte de la constitución por ambos de una entidad diferenciada con personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios, público y privado, que participan en la misma. También este segundo género admite diversas manifestaciones dependiendo del modo en que se instrumente la cooperación entre las partes, por ejemplo: a través de la creación de sociedades de economía mixta o empresas públicas, en las que el socio privado se hace cargo del control³⁴⁵.

En cualquier caso, las consideraciones contenidas en este trabajo se ciñen principalmente al tipo de CPP considerada contractual, siendo además lo más frecuente que la relación público-privada que se genera se articule a través de la celebración de un contrato de naturaleza concesional. En efecto, los negocios de naturaleza concesional pueden considerarse los contratos «estrella» que están en la base de las CPP. Si bien es cierto que se ha querido diferenciar las tradicionales concesiones de las operaciones CPP más modernas. De tal suerte que la diferenciación radicaría en el hecho de que en la concesión la mayor parte de los ingresos del concesionario provienen de los pagos que realizan los usuarios finales de los bienes o servicios; mientras que en las CPP, la mayor parte de los ingresos del privado provienen de pagos que realiza la Administración contratante, como se ve claramente, por ejemplo, en contratos como los llamados de peaje en sombra. De todos modos, esta diferenciación no responde a criterios netamente asumidos en la normativa comunitaria³⁴⁶.

345. Analizando el fondo de la realidad de las cosas, un sector de la doctrina ha cuestionado que pueda afirmarse la autonomía de las CPP institucionales respecto de las contractuales, por cuanto en las primeras a la existencia de una entidad distinta a los socios que participan en la misma precede el perfeccionamiento de una convención, un contrato, a través del cual el socio público selecciona a socio privado. De ahí se colegiría que, la CPP también es un modelo de colaboración contractual. La regulación introducida en 2011 por la Ley de Economía Sostenible a este respecto, al reconocer por primera vez en la legislación de contratos del sector público de forma explícita las colaboraciones de base institucional, a través de la inclusión de una Disposición Adicional trigésimo quinta en la LCSP, bajo la rúbrica «*Régimen de adjudicación de contratos públicos en el marco de fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado*», ahonda en este planteamiento. Vid. BERNAL BLAY, M. A.; «La colaboración público-privada institucional», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n° 37, 2010, p. 105.

346. Vid. LEONE, V. M.; «Le decisioni di Eurostat e l'impatto sul funzionamento della locazione finanziaria e della finanza di progetto», presentación realizada en el Se-

Como decíamos de CPP, en especial de tipo contractual, se viene hablando hace mucho tiempo, no es algo que surja a raíz de la crisis. Es más, justo antes de su advenimiento, la filosofía de la CPP estaba claramente en alza, lo que se constata claramente si reparamos en el volumen de negocio que representaban estos contratos como en su progresiva sofisticación. Distintos estudios han estimado la evolución que en el mundo ha experimentado en los últimos tiempos el empleo de la CPP y los datos son concluyentes en el sentido de corroborar el auge paulatino que desde enero de 1994 hasta septiembre 2005 –poco antes de estallar la crisis– estaban teniendo. De acuerdo con los informes, en el período indicado, el importe de los contratos de CPP que se celebraron en todo el mundo ascendió a 260 billones de dólares –de los cuales, contratos por valor de 120 billones se celebraron en Europa. No obstante, en los últimos años estaban teniendo un impulso «exponencial», pues sólo entre los 2000 y 2003, el volumen de contratos adjudicados en el mundo a través de CPP pasó de 15,3 billones de dólares a 40,5 billones, mientras que e, se celebraron en el mundo alrededor de 206 contratos de CPP por un valor aproximado de 52 billones de dólares, de los cuales 152 proyectos, por importe de 26 billones de dólares se celebraron en Europa³⁴⁷.

Ahora bien, las razones por las que la CPP había alcanzado relevancia antes de la crisis eran distintas, al menos, en origen de las que apuntan en esa dirección en estos tiempos difíciles. En ellas latía una mayor dosis de ideología y «europeísmo».

Las razones ideológicas se localizan en el resurgimiento de las políticas neoliberales que con la paulatina recuperación de las economías tras la II Guerra Mundial eclosionan en la década de los ochenta, con epicentro en el mundo anglosajón, y que constituyen el impulso de la ola de privatizaciones en el amplio sentido de la palabra, que incluiría la celebración de contratos basados en la filosofía de la CPP. Básicamente hasta finales de los años ochenta y principios de los noventa del siglo pasado, de forma generalizada el peso principal del coste de los proyec-

minario: Partenariato Pubblico-Privato: strumenti per l'applicazione della locazione finanziaria e della finanza di progetto, celebrado en la Facoltà di Giurisprudenza de la Universidad de Trento, el 24 de febrero de 2012. Puede consultarse la intervención en el sitio web: <http://www.jus.unitn.it/services/arc/2012/0120/home.html#a2> (última consulta: 18 de marzo de 2012).

347. Vid. (PricewaterhouseCoopers). *PWC PPP Report: Delivering the PPP promise. A review of PPP issues and activity*, (2005). Puede consultarse el trabajo en el sitio: <http://www.pwc.com/gx/en/government-infrastructure/delivering-ppp-promise.jhtml> (consultado por última vez el 9 de marzo de 2012).

tos públicos pesaba directamente sobre los presupuestos públicos. Si pensamos en la realización de obras públicas, su ejecución se impulsaba mediante la celebración de tradicionales contratos de obra abonados a través del abono de certificaciones a cuenta del precio de coste inicialmente estipulado. No obstante, el impulso, especialmente desde el Reino Unido, de políticas de liberalización y privatización a principios de la década de los 90, –que abarcaba también la puesta en marcha de infraestructuras y servicios públicos–, desencadenó que comenzase a emplearse la expresión *Private Finance Initiative (PFI)* como nomenclatura con la que identificar aquellas medidas y fórmulas creadas para intensificar la cooperación entre los sectores público y privado en orden a lograr la modernización de infraestructuras públicas y mejorar la gestión de servicios inherentes a las mismas. Es en este marco en el que se preveía la celebración de contratos *Public Private Partnership (PPP)*³⁴⁸.

A partir de la experiencia británica, este tipo de orientación captó a atención de otros países, por razones «europeístas», que tuvieron que ver con la necesidad de cumplir los parámetros económicos que permitiesen a los Estados miembros que lo desearan, estar en la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria (UEM). ésta trajo consigo la necesidad de coordinar las políticas presupuestarias de los países miembros para poder conciliarlas con la política monetaria común. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC) aprobado por el Consejo de Ámsterdam de 1997 exigió a los Estados miembros conseguir a medio plazo el objetivo de equilibrio o superávit presupuestario de forma que en ningún caso el déficit pudiese superar el límite del 3% del Producto Interior Bruto (PIB) nacional. Para garantizar la consecución de este objetivo los diferentes Estados tuvieron que aprobar normas estabilidad presupuestaria con las que disciplinar la actuación del Sector Público.

Pero más allá de lo que autónomamente hiciese cada país, era necesario, contar con un sistema común que permitiese comparar de forma homogénea las cuentas de todos ellos bajo parámetros comunes. Surge, así, el Sistema Europeo de Cuentas Económicas Integradas, el conocido como SEC-95, que es el marco contable a escala internacional europea que define las reglas precisas para la elaboración de las contabilidades nacionales. Este sistema especifica el tratamiento que deben tener las distintas operaciones económicas, así como la estructura ordenada de las cuentas. Con esto se consigue obtener una descripción cuantitativa

348. Vid. NIETO GARRIDO, E.; «El New Public Management y el gobierno a través de contratos en el Reino Unido», *RAP*, n° 162, 2004, pp. 391-417 y «La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido», *RAP*, n° 164, 2004.

y simplificada de la actividad económica de los distintos Estados, y saber si se están cumpliendo los compromisos asumidos. El SEC-95 garantiza la homogeneidad y, en consecuencia, posibilita la comparación, la transparencia y la igualdad de tratamiento entre todos los Estados³⁴⁹.

A la vista de estas exigencias, es cuando los Estados comunitarios interesados por integrarse en la moneda única, ante la necesidad de compaginar la provisión de obras públicas con la prohibición de incurrir en déficits excesivos y adecuarse a los criterios de equilibrio o superávit presupuestario a largo plazo previstos en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, comienzan a idear fórmulas contables que dando entrada a la iniciativa privada o constituyendo entidades sometidas al Derecho privado, consiguen sortear las restricciones presupuestarias, o dicho en otros términos, comienzan a buscar fórmulas que eviten –de acuerdo con el SEC 95– la consolidación en sus cuentas como deuda pública de determinadas operaciones relacionadas con la puesta en marcha de proyectos públicos. Puede decirse que es entonces cuando de manera más evidente entra en crisis la opción de considerar el presupuesto público como la fuente primera de financiación de obras y servicios y empiezan a ensayarse otras alternativas, teóricamente, más flexibles y eficientes.

En España, las alternativas a las que aludimos se recondujeron principalmente, de una parte, a la creación de entidades públicas y sociedades mercantiles de capital público que actuaban en nombre propio pero por cuenta de la Administración matriz, y de otra a la celebración de contratos de abono total del precio, concesión u otros instrumentos paraconcesionales como la constitución de censos enfitéuticos³⁵⁰. Todas estas posibilidades, sobre todo hasta los años 2002 y 2004, resultaban interesantes por el tratamiento contable que tenían. Por ejemplo, uno de los atractivos alicientes que representaba la creación de entidades privadas vinculadas al sector público, particularmente de sociedades mercantiles de titularidad pública, para ejecutar proyectos obedecía a que de

349. Vid. GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, P.; «El SEC 95: Herramienta fundamental para la toma de decisiones y seguimiento de la política económica en la Unión Europea», *RAE: Revista Asturiana de Economía*, n° 34, 2005, pp. 87-113; CARRASCO CANALS, F.; «Los aspectos financieros del sector público y el SEC-95», *Revista Española de Control Externo*, vol. 4, n° 10, 2002, pp. 53-77; GARCÍA DE BUSTOS, F.; «El Manual del SEC 95 de Déficit y Deuda Pública», *Análisis local*, n° 37, 2001, pp. 13-20.

350. Vid. BERNAL BLAY, M. A.; *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas paraconcesionales*, Civitas, Thomson-Reuters, Cizur Menor, Madrid, 2011; GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.; «Contrato de colaboración público-privada», *Revista de Administración Pública*, n° 170, 2006, pp. 7-39.

acuerdo con el SEC-95, sus deudas no computasen a efectos de alcanzar los llamados criterios de convergencia con Maastricht. Dados los elevados costes a los que asciende la ejecución de este tipo de proyectos, el contar con esta vía de escape para su cómputo, no era insignificante. La proliferación en nuestro país de sociedades mercantiles con este fin hizo que se conociese esta técnica como «modelo español»³⁵¹. Por lo que hace a la celebración de contratos de abono total del precio o la constitución de censos enfitéuticos, permitían, por lo menos, un diferimiento temporal del pago, esto es, un aplazamiento temporal del problema.

No se oculta que las vías ideadas por los Estados se basaban en muchos casos en artilugios contables que no evitaban que antes o después las cantidades inicialmente no consolidadas como deuda pública, tuviesen un reflejo en las cuentas de las Administraciones. Ante el cariz que estaba tomando la situación las instituciones comunitarias, más preocupadas siempre por la sustancia de las cosas que por la forma, no dejándose embaucar por las técnicas de ingeniería jurídico-económica, consideraron imprescindible reinterpretar o aclarar las reglas del SEC-95.

La cuestión central, a nuestros efectos, radicaba en determinar en términos contables y financieros, cuándo el endeudamiento asociado a las diferentes fórmulas de CPP basadas en contratos celebrados entre unidades públicas y privadas tenía o no que consolidarse en las cuentas de las Administraciones Públicas. La importante Decisión Eurostat 18/2004³⁵² sentó que los costes de financiación asociados a una operación de este tipo podrían consolidarse como deuda del socio privado si concurrían de forma simultánea las siguientes condiciones:

A) Que el socio privado –contratista de la Administración– soporte íntegramente el riesgo de construcción. La asunción total de este riesgo comprende las eventualidades económicas que pueden derivarse de acontecimientos que originan retrasos en la entrega, incrementos de los

351. Vid. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.; «Sociedades mercantiles y realización de obras públicas: Incumplimiento de la normativa comunitaria de contratación, extralimitación del margen constitucional de reserva de Derecho Administrativo en materia de contratos públicos e incongruencia en el empleo de las técnicas de autoorganización para la gestión de actuaciones administrativas», en *Revista General de Derecho Administrativo* (RGDA) nº 12, junio 2006.

352. Vid. GARCÍA DE BUSTOS, F.; «Asignación de riesgos en la colaboración público-privada: nueva decisión de Eurostat», *Análisis local*, nº 52, 2004, pp. 43-48; FERNÁNDEZ LLERA, R.; «Colaboración público-privada como elusión de la estabilidad presupuestaria. *Public-private partnership as a circumvention of budgetary stability*», *Revista de Estudios Regionales*, Vol. Ext. VIII, 2009, p. 341.

costes previstos, deficiencias técnicas, incumplimiento de las normas especificadas, riesgos para la salud, accidentes de trabajo, o cualesquiera otros efectos exteriores que se pudiesen derivar de la ejecución y puesta en funcionamiento de la infraestructura pública respetando los estándares de calidad especificados en el contrato suscrito y perjudiquen la realización del contrato. El riesgo de construcción será asumido por el colaborador privado si la Administración pública no está obligada a ningún pago que se derive de un incumplimiento en la gestión del colaborador privado.

B) Que el socio privado –contratista de la Administración–, además, asuma, al menos, uno de los dos riesgos siguientes:

a) El riesgo de disponibilidad, que es el relacionado con el mantenimiento de la calidad del servicio y la capacidad de adaptarlo a las circunstancias sobrevenidas. Hace referencia a aquellos casos en los que la explotación del activo es deficiente y no alcanza el nivel de calidad convenido. Esta modalidad de riesgo requiere analizar las prestaciones percibidas por el contratista según los servicios ofrecidos y comprobar que los pagos son acordes con el nivel de calidad previsto en el contrato, lo que exige una nítida definición en el contrato de los diferentes servicios y del nivel de calidad, así como de las penalizaciones en caso de incumplimiento y, en su caso, la posible renegociación o rescisión del contrato. Es necesario que se clarifique desde el principio la calidad de los servicios que han de satisfacerse mediante la identificación a través de estándares capaces de medición por ambas partes. De este modo, el sector público podría contratar la provisión de obras o servicios por el sector privado condicionándose el pago de los mismos a que sean realizados o entregados en la cantidad y calidad prevista en el contrato³⁵³.

b) El riesgo de demanda, que es el relativo a la utilización por los usuarios de la infraestructura; esto es, depende del mercado, y se relaciona con la variabilidad en el volumen de servicio que el público re-

353. Un aspecto importante que debería mejorarse en la práctica de los contratos CPP celebrados en países como España o Italia, es la más detallada definición de los niveles exigibles al contratista privado acerca de la calidad de las obras y servicios que gestiona. No basta con que se incluyan en los pliegos contractuales listas genéricas de elementos que se tomarán en consideración para analizarla. Es preciso definir de manera exhaustiva en qué se consiste el nivel de calidad que se va a exigir y cómo, en concreto, se determinará o concluirá si se ha alcanzado o no. En este planteamiento un elemento capital está demostrando ser la previsión de cláusulas de penalización, intensificando su función no tanto como mecanismo de castigo o sanción ante un incumplimiento, sino como un elemento que vela por el respeto al reparto de riesgos.

quiere o consume, no vinculada a una calidad insuficiente del mismo, sino originada por otros factores como el ciclo económico, las nuevas tendencias del mercado o modificación de las preferencias de los usuarios finales. Este riesgo presenta una significativa importancia cuando la Administración asume la obligación de pagar regularmente al colaborador privado, en lugar de los usuarios. Este riesgo, puede generar un rendimiento económico insuficiente para el socio privado, al menos menor del esperado.

Habíamos indicado que una de los presupuestos para poder hablar de contratos de CPP pasa porque exista una efectiva asunción de riesgos por parte del privado, porque realmente se la «juegue en el mercado». Eurostat con esta Decisión lo dejó absolutamente claro. El propio Eurostat señaló que el análisis de los riesgos asumidos por las partes intervinientes en la operación es el criterio determinante para su correcta clasificación contable, adoptándose una posición restrictiva, de forma que: *«solamente pueden considerarse activos no públicos si existe una fuerte evidencia de que es el socio privado es el que soporta la mayor parte de los riesgos inherentes a la ejecución del contrato»*³⁵⁴. Es éste el punto de vista que no hay que perder nunca para saber si es posible o no, si interesa o no, celebrar o en qué forma o con qué consecuencias un contrato de CPP.

El principal motivo por el que muchas Administraciones Públicas han potenciado la celebración de contratos de CPP ha radicado precisamente en que a la vista de estas reglas de consolidación de deuda, han visto en ellos una vía de financiación rápida y eficaz de bienes y servicios públicos. No obstante, lo anterior no implica que llegado el momento, la Administración no tenga que hacer frente a pagos al particular contratista, que previsiblemente se atenderán con fondos de origen presupuestario. Todo va a depender de la estructura interna que sustente cada contrato, que será la que, en buena medida, determine, de acuerdo con los ajustes que en orden a la estabilidad presupuestaria han de realizarse, qué contratos de CPP resultan adecuados o no. Si bien, la respuesta, como intentaremos poner de manifiesto seguidamente, no sólo dependerá de criterios estrictamente presupuestarios, sino de un concepto más amplio de eficiencia pública.

III. ¿COMPATIBILIDAD DEL FOMENTO DE FÓRMULAS DE CPP CON UNA COYUNTURA DE CRISIS?

Para poder cumplir los objetivos de déficit, las Administraciones

354. Decisión Eurostat 18/2004.

públicas están teniendo que reducir drásticamente los gastos de capital en sus presupuestos. Como vimos, cuestiones ideológicas, y sobre todo, el anhelo de alcanzar los objetivos de estabilidad presupuestaria para la integración en la UEM despertaron el interés por las CPP antes de la crisis. Ahora, ante la nueva coyuntura, también se ha pensado en ellas como una posible respuesta para gestionar al menos cierto tipo de proyectos, presentándose como un mecanismo que puede contribuir a no paralizar la puesta en marcha de muchos de ellos, algunos relevantes en términos de recuperación de la productividad, como lo son la mayor parte de las infraestructuras de transporte, y de justicia social, como los relativos a muchos servicios públicos³⁵⁵.

355. En el marco del Estado el 7 de abril de 2010 el anterior gobierno presentó el Plan Extraordinario de Infraestructuras (PEI) que se esperaba movilizase alrededor de 17.000 millones de euros en inversión en el horizonte (2010-2020). Dos fueron los objetivos principales que perseguía: a) no comprometer la estabilidad presupuestaria; b) que fuese financiable por las entidades financieras. Para atender el primer objetivo, esto es, para que las inversiones no comprometiesen la estabilidad presupuestaria, y por tanto, no computasen como déficit durante el período de ejecución de las actuaciones, en coherencia con el plan de consolidación fiscal, se decidió aplazar su repercusión sobre las cuentas públicas hasta 2014, estableciéndose, además, que a partir de entonces tuvieran un impacto reducido en las mismas a lo largo de un dilatado período de tiempo, que coincidirá con el plazo concesional. Desde el punto de vista de la asunción de riesgos por la parte privada, se optaba por transferir a ésta los riesgos de construcción y de disponibilidad, y no el de demanda, ligado a la coyuntura del tráfico y, por tanto, a los avatares del ciclo económico, y que el sector financiero tiene más problemas para aceptar.

Por lo que a las Comunidades Autónomas se refiere, puede traerse a colación el ejemplo de Andalucía, que determinó en su Ley 5/2009, de 28 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2010, que a partir del ejercicio 2010 tendría lugar un fuerte impulso a la colaboración con el sector privado en la financiación y gestión de infraestructuras, con el fin de acelerar su puesta en funcionamiento e incorporar a la gestión pública las técnicas y metodologías más eficientes existentes en el mercado. Se explicaba esta decisión apelando a que desde el Presupuesto público se buscaba potenciar una estrategia que no solo involucre a la Administración, sino que esta sea capaz de movilizar los recursos, las iniciativas y las ideas para lograr la recuperación y consolidar un crecimiento económico sostenible. El artículo 22 de esta Ley se refería a las «Inversiones mediante colaboración público-privada». Como novedad relevante desde el punto de vista del control es de destacar que el precepto estableció que la Consejería interesada en celebrar un contrato de CPP debería recabar previamente de la Consejería de Economía y Hacienda la autorización para financiar el proyecto de que se trate mediante la fórmula de que se considerase más adecuada. Este planteamiento persiste en la Ley 12/2010, de 27 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2011 que reproduce las previsiones de la anterior en el artículo 24 y en la Ley 18/2011, de 23 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2012, que hace lo propio en su artículo 25. Estas previsiones buscaban establecer el escenario adecuado para poder acometer inversiones por un montante de 6.620 millones de

Sin embargo, en este planteamiento, si no se realizan mayores matizaciones, subyace un claro error de partida. Sería simplista apostar o denostar sin más la CPP ante la crisis, pues supondría desconocer la realidad de estas fórmulas e ignorar que encierran muchas posibilidades con implicaciones muy distintas para los presupuestos públicos y que en realidad, su mayor o menor «bondad» dependerá de cómo articule la operación, no pudiendo darse respuestas absolutas. Supera con creces el objetivo de estas páginas analizar las distintas variantes de CPP que pueden existir, pero desde el punto de vista de las coordenadas que las inspiran (la estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos en relación con la CPP), las consideraciones globales que el estudio de fórmulas de CPP arroja pueden expresarse en dos grandes ideas:

a) Las operaciones de CPP, cuando realmente son tales, es decir, cuando el socio privado asume la mayor parte de los riesgos implicados en la operación, presentan unos altos costes de transacción que encarecen el precio final del proyecto o que, incluso, determina que existan considerables tasas de frustración en las licitaciones de estos contratos. Explica MARTÍNEZ VILA³⁵⁶, cómo desde el punto de vista de la eficiencia, el principal obstáculo de las CPP es que su puesta en funcionamiento tiene unos elevados costes que un proyecto financiado públicamente no tiene que afrontar. Así, dada la complejidad de los proyectos impulsados a través de CPP una mayor preparación de los proyectos por parte del sector público pero, sobre todo, por parte de los licitadores privados, que deben dedicar a preparar sus ofertas mucho más dinero que en transacciones normales, y a los costes de la asociación en sí, con un proceso mucho más largo y complejo que exige la participación de expertos jurídicos, en particular con relación a la elaboración de contratos de gran complejidad³⁵⁷. La lógica del mercado permite entender que al

euros en el horizonte temporal 2010-2020, pensándose en planificar la materialización de los contratos de forma que la carga presupuestaria que generase se fuese compatibilizando con la dinámica de evolución del presupuesto de la Comunidad. La premisa de la que parten estas previsiones es considerar que los modelos CPP son los instrumentos «más eficaces» en el actual escenario económico, para poder situar a la iniciativa privada como «motor de la recuperación». Los proyectos efectivamente desarrollados serían ejecutados y financiados por la iniciativa privada con recursos propios o a través de mecanismos de endeudamiento, debiendo la Administración resarcir a las empresas de esta inversión durante el período de explotación de la infraestructura, a través, prioritariamente, del pago de un canon por disponibilidad en lugar de un por demanda.

356. Vid. MARTÍNEZ VILA, J.; «La colaboración público-privada.....», *opus cit.*, p. 269.

357. Estos costes de transacción, al representar una utilización de recursos con muy escaso retorno, penalizan la rentabilidad socioeconómica y pueden llevar a tener

sector privado sólo le interesará participar en la contratos CPP si el retorno de ganancias esperado está por encima de la compensación que podría obtener con operaciones de riesgo similar. Si para los particulares la participación en contratos de CPP tiene altos costes e implica la asunción de altos riesgos, comprensiblemente, intentarán trasladarlos al precio final bajo el que presenten sus ofertas.

Pero que el coste total de un proyecto sea más elevado, no predetermina cómo se le puede hacer frente a ese coste. Por ejemplo, si ese mayor coste lo tuviesen que soportar los presupuestos públicos, en estos tiempos de crisis, a las CPP cabría augurarles un futuro escasamente prometedor. Afortunadamente eso no siempre, o al menos no respecto de la totalidad del coste tiene que ser así. Pero incluso aunque así fuese respecto de ciertos proyectos, es posible que la mejor satisfacción del interés público conseguido a través del encargo del bien o servicio al particular, aconsejase seguir adelante con el proyecto, aspecto éste que está vinculado a la obtención del llamado «*Value for Money*» al que en breve nos referiremos.

b) En muchos casos el interés que han despertado las fórmulas de CPP ha radicado en que su configuración también puede entrañar que se dilate en el tiempo por parte de la Administración el abono de los pagos debidos al socio privado. Pero que esto sea así, no elimina que dichos pagos, cuando efectivamente hayan de afrontarse, no vayan a repercutir de forma sustancial en los presupuestos públicos. Y eso puede no estar en consonancia con los límites a la capacidad de endeudamiento que impongan a las Administraciones las nuevas coordinadas normativas. Por otra parte, cuando el recurso a las CPP obedece al diferimiento que puede conseguirse en los pagos que ha de realizar la Administración, se está incurriendo en una solución que seguramente traerá «pan para hoy pero hambre para mañana».

Ilustrativas al respecto son las reflexiones realizadas recientemente por diversos órganos de control externo preocupados por las repercusiones que en orden al logro de la estabilidad presupuestaria pueden tener algunas de las variantes de CPP. Un claro ejemplo lo encontramos en el Informe del Consello de Contas de Galicia de fiscalización sobre el peaje en la sombra hecho público en julio de 2011.

que descartar como candidatos a CPP a muchos proyectos pequeños que, sin embargo, sí entrañan un interés social y es más factible atender con financiación pública. En todo caso, la normalización y simplificación de los procedimientos en la medida en que sea todavía posible debería ir reduciendo los costes por esta causa.

Como es sabido, el Peaje en la sombra, que es una de las formas a través de las que se pueden articular fórmulas de CPP, consiste en que una empresa construye, financia, mantiene y opera una infraestructura por un período de tiempo determinado y la Administración durante la fase de explotación de la infraestructura o servicio le abona una cantidad por unidad consumida y cuyo monto total variará, por tanto, en función del número de usuarios que recibe tal infraestructura o servicio. Pues bien, el Consello de Contas de Galicia llama la atención acerca de que fórmulas como la descrita pueden llegar a comprometer de manera significativa el déficit público. Ciertamente si de acuerdo con el reparto de riesgos que se deriva del contrato se entiende que el riesgo de construcción y el de demanda o el de disponibilidad son asumidos por el colaborador privado, el endeudamiento derivado de la realización del proyecto lo asume el particular y no ha de computarse o consolidarse el 100% del mismo como deuda en las cuentas del sector público. Pero esto en modo alguno implica que la Administración contratante no haya de asumir, cuando llegue la fase de la explotación de la infraestructura o del servicio, los pagos anuales que correspondan en función del número de usuarios que se hubiesen computado, si el particular asume el riesgo de demanda. Si los ingresos con los que cuenta la Administración afectada no son suficientes para satisfacer estos gastos presupuestarios plurianuales, se incrementará su déficit.

En suma, que en virtud de las reglas de consolidación contable SEC-95 y a la vista del reparto de riesgos verificado en el contrato la operación no deba computarse en el pasivo de la Administración contratante, no significa que llegado el momento el contrato no vaya a tener una incidencia en los presupuestos públicos. Normalmente en la fase de explotación –dependiendo, claro, de la forma en la que se haya determinado tiene que verificarse el pago al contratista– pudiera ocurrir que la Administración deba abonar al empresario privado a lo largo de una serie de ejercicios los cánones correspondientes en función de la disponibilidad o la demanda. Esos pagos se harían con cargo a los presupuestos públicos. De ahí que, en realidad, la forma de que estos contratos tampoco incidiese en los presupuestos públicos, sería determinando que el pago por el uso lo asumiesen los usuarios. La única vía para evitar que el coste recayese en el presupuesto público pasaría por modificar el sistema de pago de tal forma que no fuese la Administración la que entregase al particular una cantidad en función del número de usuarios, sino que directamente cada usuario abonase la tasa correspondiente cuando realizase un uso de la infraestructura o recibiese el servicio en

cuestión. Así ha sucedido ya en relación con algunas infraestructuras catalanas y portuguesas que originariamente fueron puestas en marcha a través de contratos concebidos bajo el ropaje del peaje en la sombra³⁵⁸.

Pero la adopción de nuevos modelos que, en última instancia, implican una alteración en los sujetos que financian el coste de las obras y servicios públicos, no es baladí. Pasar de un sistema financiación de infraestructuras y servicios mayoritariamente basado en los presupuestos y, por tanto, sufragada a través de tributos satisfechos por los contribuyentes en su conjunto, a otra fórmula de financiación que gravita sobre los usuarios de tales bienes, resucita conocidas reflexiones sobre los límites de la equidad y la justicia distributiva en términos presupuestarios— directamente relacionados con la aceptación social de tal sistema—, además de exigir un cuidadoso análisis de la política de tarificación aplicable³⁵⁹. De hecho, algunas voces ya han apuntado que la apuesta por tan radical cambio de modelo como sería la aplicación generalizada del pago por el uso de infraestructuras y servicios, será previsiblemente uno de los principales temas de debate de los próximos años³⁶⁰.

Lo narrado permite constatar que, en realidad, las CPP configuradas como peajes en la sombra tienen como mayor ventaja que sirven para fraccionar y diferir el pago de una obra o la puesta en marcha de un servicio. Aunque a corto plazo pueden contribuir a hacer frente a problemas de disponibilidad presupuestaria inmediata, a medio y largo plazo la celebración de estos contratos no evita que surjan obligaciones financieras para el sector público, y, en consecuencia, que los contratos en los que se incluyen afecten a la sostenibilidad de las finanzas públicas y mengüen la libertad de acción de gobiernos futuros. Lo cual se intensi-

358. En no pocos casos, la forma en que se conciben muchas de las fórmulas de contratos basados en la CPP (ciertamente no todas, ej: no el peaje en la sombra, que lo que supone es un diferimiento y un fraccionamiento del pago), están favoreciendo un cambio en la percepción social del coste de los servicios e infraestructuras que influye en el abandono de la cultura del «gratis total» y en el arraigo del principio de repercusión del coste de servicios y obras sobre quienes más se benefician por ellas. Lo cual supone una apuesta por abogar por el principio de equidad intergeneracional, pues el servicio o infraestructura no se financia con cargo al presupuesto actual sino que en la medida en que se conoce que la infraestructura va a tener una vida útil mucho más larga, se posibilita que sea quien la usa a lo largo del tiempo quien vaya asumiendo el pago por el uso que efectúa.

359. Vid. RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.; «Los sistemas de colaboración público-privada para la provisión de bienes y servicios públicos. Su incidencia en el sistema de ingresos públicos», *Revista española de control externo*, Vol. 10, nº 28, 2008, pp. 111 y 124 y ss.

360. Vid. COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, B.; «Presente y futuro de la colaboración público-privada a nivel europeo: aspectos determinantes de su importancia como instrumento eficaz para salir de la crisis», *Noticias de la Unión Europea*, nº 316, 2011, p. 269.

fica si se tiene en cuenta que hasta hace poco tiempo, en general, el control parlamentario sobre la realización de inversiones a través de estos mecanismos venía siendo nula³⁶¹.

En conclusión, a la vista de ejemplos como el expuesto, puede afirmarse que fórmulas de CPP como el peaje en la sombra no son la panacea como remedio que en época de crisis conduzca a la estabilidad presupuestaria. Que puedan no consolidar contablemente como deuda de la Administración a resultas de la aplicación del SEC 95, no altera el fondo económico de este tipo de operaciones que previsiblemente generarán un «endeudamiento no financiero» que sí acabará repercutiendo en los presupuestos públicos³⁶².

Asimismo, queda claro que el estudio de las múltiples variantes que normalmente se reconducen a la categoría de CPP no es en absoluto sencillo³⁶³. Avanzando conclusiones, veremos que la conveniencia de acudir o no a las mismas, su utilidad, su eficiencia, no puede proclamarse en general, sino que dependerá del análisis concreto, caso por caso, de la estructuración que tengan.

361. Para evitar esto último ya ha habido Gobiernos que han introducido medidas tendentes a lograr un mayor control sobre este tipo de contratos. Por ejemplo, en Galicia, la Ley 14/2010, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2011 recoge también en su artículo 51 una referencia explícita a los Contratos de colaboración público-privada y de concesión de obra pública. La preocupación que parece latir en esta norma no es tanto de fomentar este tipo de contrato cuanto garantizar que respecto de aquellos que efectivamente se autoricen se conozcan adecuadamente los aspectos financieros, las repercusiones que tendrán en los presupuestos futuros y en los objetivos de estabilidad presupuestaria. El aspecto más relevante del precepto radica en que establece como requisito para poder celebrar un contrato de esta naturaleza que sea previamente autorizado por la Consellería de Facenda. Además, el apartado dos del mismo artículo determina que en la documentación que habrá de incluirse en los Presupuestos Generales de la Comunidad habrá de incluirse un anexo en el que se especifiquen los compromisos derivados de los contratos de colaboración público-privados que lleguen a celebrarse, con una clara referencia a la cuantía de las inversiones financiadas por esta vía y de los pagos anuales previstos a lo largo de su duración. Para garantizar el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, la solvencia de las cuentas autonómicas y la transparencia, cualquier incorporación de un proyecto aprobado por la Xunta de Galicia no contemplado en el presupuesto habrá de remitirse al Parlamento de Galicia, incluyendo en la información que se remita a este la misma documentación que la exigida para las actuaciones incorporadas al proyecto de presupuestos.

362. El Informe del Consello de Contas de Galicia al que aludimos lo explica con detalle.

363. De hecho, las fórmulas de CPP que podríamos llamar «de última generación», con su complejidad creciente, suponen todo un reto para los órganos de fiscalización, que han de adaptar e intensificar su pericia y meticulosidad para llevar a cabo su análisis.

Las CPP no van a ser la solución a la crisis, pero bien configuradas y recurriendo a ellas cuando aporten un al interés general una ventaja que no se conseguiría de otra forma, pueden servir como paradigma de buena gestión pública. Lo contraproducente es ver en ellas un mecanismo que a corto plazo permite diferir obligaciones, –el «pan para hoy y hambre para mañana», al que antes aludíamos³⁶⁴.

IV. EL VALUE FOR MONEY COMO CRITERIO DE EFICIENCIA EN LAS CPP

La clave del éxito de las CPP residiría, pues, en la eficiente división de responsabilidades y riesgos entre socios. El sector privado asume la financiación de proyectos a gran escala atraído por la potencial rentabilidad que le puede reportar la inversión. Por su parte, el Sector Público ofrece los derechos de explotación y puede fijar estándares de calidad y/o participar en también en su pago³⁶⁵. Pero ya ha quedado indicado que, por lo general, los proyectos financiados a través de operaciones de CPP– que suelen encerrar una gran complejidad–, tienen un coste mayor que otros proyectos, derivado del precio que exige el socio privado por asumir la provisión de un cometido complicado y los mayores riesgos derivados de su realización. Pues bien, puede decirse mayoritaria la opinión acerca de la conveniencia de celebrar un contrato de CPP pese al mayor coste que supondrán cuando la ejecución del proyecto por el sector privado proporcione un valor añadido que, en realidad, suponga una mayor eficiencia que la que conseguiría la Administración si atendiese la realización del proyecto. Esto es, cuando el proyecto proporcione «*Value for Money*».

Conocer si esto ocurre pasa por descender en un análisis comparativo que determine la capacidad del sector público para el desarrollo del proyecto y la capacidad de la iniciativa privada. Si el resultado obtenido a través de la iniciativa privada es notablemente mejor que el que conseguiría el sector público pese al mayor coste y supone que el obje-

364. En el mismo sentido se expresa MARTÍNEZ VILA para quien la utilización de mecanismos público-privados simplemente para aplazar o diluir en el tiempo la inversión pública son seguramente negativos para la economía, sobre todo porque detraen fondos que podrían emplearse mejor y, en el caso de financiación externa, es probable que la compensación del riesgo sea elevada y penalice la rentabilidad interior. Vid. MARTÍNEZ VILA, J.; «La colaboración público-privada....», *opus cit.*, pp. 269.

365. Vid. FERNÁNDEZ LLERA, R.; «Colaboración público-privada como elusión de la estabilidad presupuestaria. Public-private partnership as a circumvention of budgetary stability», *Revista de Estudios Regionales*. Vol. EXT. VIII, 2009, pp. 340-341.

tivo de interés general quede adecuadamente atendido, puede compensar ese mayor desembolso final. Cosa distinta es quién haga frente al desembolso de ese mayor coste (la Administración o los usuarios de la infraestructura).

Puede ser que lo más eficaz y eficiente, no desde el punto de vista del coste, sino desde el punto de vista de la realización en la forma más adecuada del objetivo público que va a satisfacer el proyecto emprendido, sea asumir el mayor precio que supone la celebración del contrato de CPP. Naturalmente que la eficacia y la eficiencia de la gestión pública son, por lo común, los principios más apreciados de la actuación pública. Pero la eficiencia no debe tener una interpretación circunscrita solamente a la consecución de un objetivo al menor coste posible. Una actuación eficiente también es aquella en la que el resultado final obtenido es mejor a pesar haberse tenido que soportar un mayor coste, si ese resultado no hubiese podido obtenerse de no haberse incurrido en ese sobre coste. La obtención de un mayor provecho en el resultado puede justificar el mayor precio pagado. Este planteamiento, fruto de la filosofía racionalista, contribuye a llevar a cabo un análisis económico de la gestión del gasto público con el objetivo de lograr una mejor atención de los quehaceres públicos³⁶⁶.

En este sentido la CPP permite aprovechar al máximo ciertas capacidades, que se suelen decir más desarrolladas por el sector privado, tales como las de innovación en la gestión de negocios, o el mayor desarrollo de las habilidades comerciales. Este último punto resulta políticamente controvertido, ya que en cierto modo puede partir de presuponer una superioridad de la iniciativa privada en la gestión de ciertas actuaciones.

En todo caso, en la medida en que el montaje de una operación CPP debe hacerse tras verificar el *Public Sector Comparator*³⁶⁷ y constatar que la participación en esta forma de la iniciativa privada para impulsar la ejecución de un determinado proyecto ofrece *Value For Money*, es decir, resulta eficientemente más oportuna pues aporta algún beneficio en or-

366. Vid. CANSINO MUÑOZ-REPISO, J. M.; «Una nota sobre los principios de eficiencia y eficacia en la programación y gestión presupuestaria a la luz de la nueva Ley General Presupuestaria», *Revista Española de Control Externo*, vol. n.º 18, 2004, pp. 222 y ss.

367. Vid. *Public Private Partnerships. Public Sector Comparator Policy. Additional Policy Guidance*. Government of Western Australia. Department of Treasury. August 2011; QUIGGIN, J.; «Risk, PPPs and the Public Sector Comparator», *Australian Accounting Review*, n.º 14, 2, 2004, pp. 51-61.

den a obtener la cantidad y calidad de las infraestructuras y servicios precisos –con independencia del mayor coste total del proyecto que seguramente supondrá respecto de otras alternativas–, se arriba a un mayor grado de convencimiento acerca de la oportunidad económica de la inversión.

Por lo expuesto, la principal conclusión que puede extraerse de estos razonamientos estriba en que no toda realización de un proyecto público es «privatizable» en el sentido de poderse recomendar su realización y puesta en marcha a través de la celebración de contratos basados en fórmulas de CPP. La Administración ha de valorar responsablemente caso por caso cuando puede compensar asumir los mayores costes de este tipo de contratos, valoración que ha de realizarse desde el punto de vista principal del grado de satisfacción que con ello se conseguirá del concreto cometido de interés general que se busca atender.

En definitiva, a la celebración de contratos de CPP sólo debería acudir tras un estudio pormenorizado de las circunstancias de cada proyecto que arrojase que la realización del mismo por el sector público es ineficiente porque no está en disposición de afrontarlo de la forma que se entiende necesaria. Por tal razón, el mayor coste que reportará la asunción del mismo por los particulares, está compensado por la plusvalía real que se obtiene en términos de eficacia, respecto al resto de alternativas, en la atención del cometido público perseguido. No valen, por consiguiente, respuestas globales, amplias o genéricas, sino que para decidir lo que en cada caso proceda hay que tener un amplio y profundo conocimiento de las capacidades y eficiencia del sector público o de otros métodos contractuales distintos de este tipo de mecanismos de colaboración³⁶⁸.

Además deberían darse una serie de circunstancias que hagan «privatizable» a través de la CPP un proyecto. Por ejemplo, que exista un

368. Vid. CEREJA, G.; «Buone prassi per la gestione economica delle operazioni di PPP», presentación realizada en el Seminario: *Partenariato Pubblico-Privato: strumenti per l'applicazione della locazione finanziaria e della finanza di progetto, celebrado en la* Facoltà di Giurisprudenza de la Universidad de Trento, el 24 de febrero de 2012. Puede consultarse la intervención en el sitio web: <http://www.jus.unitn.it/services/arc/2012/0120/home.html#a2> (última consulta: 18 de marzo de 2012). Acertadamente explica MARTÍNEZ VILA, que cuando la participación privada produce mejoras de eficiencia superiores a los costes de transacción, la CPP se convierte en una opción que mejora el retorno para la sociedad de aquellas inversiones, que pueden entenderse justificadas. Vid. MARTÍNEZ VILA, J.; «La colaboración público-privada...», *opus cit.*, pp. 269.

contexto adecuado de concurrencia entre un número suficiente de potenciales licitadores que estén en disposición de competir por hacerse cargo del mismo con eficiencia³⁶⁹.

La expuesta es la pauta que se sigue en aquellos países en los que más experiencia se tiene en la celebración de contratos de CPP, donde se pone especial énfasis en incentivar una gestión pública que valore la eficiencia del gasto público (*Value for Money*), y en el fomento de una cultura con más consciencia de costes y preocupación por la productividad y calidad en la provisión de bienes y servicios públicos. Esta forma de proceder está directamente relacionada con la valoración en términos cuantitativos o económicos de si compensa o no la celebración de un contrato de CPP, esto es, el *Public Sector Comparator*. Es por ello que en éstos se han desarrollado modelos capaces de medir dicha variable³⁷⁰.

Ésta es también la tónica que inspira la postura de la Unión Europea, donde si bien es cierto que se ve con buenos ojos la celebración de contratos de CPP, ello es así si se respetan ciertos condicionantes³⁷¹ como se evidencia en recientes documentos comunitarios surgidos a partir de 2009, esto es, ya durante la crisis. Entre ellos destacan la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 19 de noviembre de 2009, relativa a movilizar las inversiones públicas y privadas

369. El profesor GIANFRANCO CERA **propone a este respecto, tener en cuenta el conocido «teorema fundamental de la privatización»**, formulado por SAPPINGTON y STIGLITZ. Vid. CERA, G.; «Buone prassi per la gestione economica delle operazioni di PPP», presentación realizada en el Seminario: *Partenariato Pubblico-Privato: strumenti per l'applicazione della locazione finanziaria e della finanza di progetto*, celebrado en la Facoltà di Giurisprudenza de la Universidad de Trento, el 24 de febrero de 2012. Puede consultarse la intervención en el sitio *web*: <http://www.jus.unitn.it/services/arc/2012/0120/home.html#a2> (última consulta: 18 de marzo de 2012).

370. Recientemente, un recordatorio de esta concepción se encuentra en el *House of Commons Treasury Committee. Private Finance Initiative. Seventeenth Report of Session 2010-12*. (18 July 2011). En la página p. 39 puede leerse: «*We believe that a financial model that routinely finds in favour of the PFI route, after the significant increases in finance costs in the wake of the financial crisis, is unlikely to be fundamentally sound. The Treasury should seek to ensure that all assumptions in the VfM assessment that favour PFI are based on objective and high quality evidence.*».

371. Una explicación del tratamiento que de la CPP se fue haciendo en el ámbito comunitario puede verse en el trabajo de CASARES MARCOS, A. B.; «Análisis del marco general, estado actual y perspectivas de las fórmulas de colaboración público-privada con especial referencia a la Comunidad de Castilla y León», *Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada*, Colección de estudios del Consejo Económico y Social de Castilla y León, 2011, en especial pp. 99 y ss. Puede consultarse en www.cescyl.es/publicaciones/coleccion.php (Última consulta 17 de marzo de 2012).

con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP), COM (2009) 615 final–no publicada en el Diario Oficial³⁷²; el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – «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, (2011/ C 51/12)³⁷³ o el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «El desarrollo sostenible de la política de transportes de la UE y la planificación de la RTE-T», (Dictamen exploratorio solicitado por la futura Presidencia polaca), de 15 de junio de 2011³⁷⁴.

Estos documentos parten de reconocer que la inversión en proyectos públicos como los de infraestructuras es un medio importante para mantener la actividad económica durante la crisis y favorecer la rápida vuelta a un crecimiento económico sostenido. Se extrae de ellos que aunque el objetivo primordial de las CPPs debe ser promover la eficiencia de los servicios públicos a través de la distribución de riesgos y el aprovechamiento de los conocimientos y la experiencia del sector privado, también puede aliviar las presiones inmediatas sobre las finanzas públicas al ofrecer una fuente de capital adicional. Consecuentemente, la combinación de capacidades, así como de fondos públicos y privados representados en las CPP, puede ayudar al proceso de recuperación y a desarrollar mercados que constituirán la base de la prosperidad económica europea en el futuro. Ahora bien, concluyen que justo en el momento en que la utilización más sistemática de la colaboración público-privada aportaría unas ventajas considerables, la crisis dificulta la utilización de este instrumento, reconociéndose que el volumen y el valor de los proyectos que se contratan actualmente está muy por debajo de los niveles anteriores a la crisis. Aunque en ellos se aboga porque se estudien nuevas formas de apoyo al desarrollo de este tipo de colaboraciones público-privadas, el mensaje común que se transmite en estos documentos puede sintetizarse en las siguientes tres ideas interconectadas que sirven como colofón conclusivo de las ideas que se han vertido en el trabajo:

1. La CPP puede representar un buen instrumento para gestionar

372. En esta Comunicación, incluso, se propuso por la Comisión la creación de un grupo sobre CPP's.

373. Publicado en el DOUE de 17 de febrero de 2011.

374. Publicado en el DOUE de 25 de agosto de 2011.

las inversiones públicas. Pero los proyectos de CPP no deben percibirse como una solución de financiación a corto plazo, sino que han de analizarse desde la perspectiva del ciclo de vida, desde la planificación y concepción hasta la financiación, puesta en práctica y mantenimiento, de modo que el coste total se evalúe en función de la duración global de los proyectos, cuyos contratos pueden durar a veces hasta treinta años.

2. Cada contrato articulado sobre técnicas de CPP ha perfeccionarse evaluando cuál es, en función de las circunstancias, la mejor forma de llevar a cabo el reparto de riesgos entre el sector público y el privado, quién o quiénes son los más cualificados para asumir los distintos riesgos.

3. La CPP no es adecuada en todos los contextos, sino que debe considerarse analizarse caso por caso, si cada operación concreta ofrece un valor añadido.

Las obras de urbanización y la legislación de contratos públicos. A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia UE de 26 de mayo de 2001 sobre la Legislación Urbanística Valenciana

XIMENA LAZO VITORIA

Profesora Titular interina de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. LOS TÉRMINOS DEL DEBATE: ¿SON APLICABLES LAS NORMAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA A LA ADJUDICACIÓN DE LOS PROGRAMAS PARA EL DESARROLLO DE ACTUACIONES INTEGRADAS PREVISTOS POR LA LEGISLACIÓN VALENCIANA?. II. LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL: LA NECESIDAD DE ACREDITAR QUE LAS OBRAS DE URBANIZACIÓN SON LA «PRESTACIÓN PRINCIPAL» DEL CONTRATO MIXTO. III. LA DOCTRINA DEL TJCE RELATIVA A LOS CONTRATOS MIXTOS. IV. LA CALIFICACIÓN DE LAS OBRAS DE URBANIZACIÓN COMO UN CONTRATO DE OBRAS: ¿QUÉ SIGNIFICA QUE EL CONTRATO DEBE TENER CARÁCTER ONEROSO?. V. EL MARCO NORMATIVO. VI. LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA ACERCA DEL SIGNIFICADO DEL CARÁCTER ONEROSO DEL CONTRATO PÚBLICO. VII. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

¿Deben calificarse los Programas para el Desarrollo de Actuaciones Integradas (en adelante, PAIs) previstos por la legislación urbanística valenciana como contratos públicos mixtos? De ser así, ¿puede afirmarse que las obras (de conexión e integración de los terrenos con las redes de infraestructuras, energía, comunicaciones y servicios públicos) representan la prestación principal del respectivo contrato? ¿Pueden calificarse determinadas actividades –entre otras, la elaboración del respec-

tivo plan de desarrollo, la propuesta y gestión del proyecto de reparcelación, la obtención gratuita a favor de la Administración de suelo dotacional público, el reparto equitativo de los beneficios y cargas de la urbanización— como actividades de servicios, a los efectos de la Directiva 2004/18? Es, en fin, el agente urbanizador un adjudicatario de un contrato público de obras o un concesionario de servicios? Estas son, entre muchas otras, las interrogantes que sugiere la lectura de la Sentencia TJCE de 26 de mayo de 2011, asunto C-306/08, que resuelve el recurso interpuesto por la Comisión Europea contra el Reino de España por incumplimiento de las normas comunitarias de la contratación pública en la adjudicación de obras de urbanización, sujetas a la legislación urbanística de la Comunidad Valenciana.

La citada Sentencia es la última manifestación del proceso de contractualización del urbanismo iniciado con el conocido del Teatro la Scala de Milán (STUE de 12 de julio de 2001, Ordine degli Architetti y otros, Asunto C-399/98), al que han seguido otros pronunciamientos semejantes del Tribunal de Justicia CE. Con diferentes matices y con las peculiaridades propias de cada caso judicial, lo que se intenta dilucidar en tales sentencias es, en definitiva, si el Derecho comunitario de la contratación pública resulta aplicable o no a las obras de urbanización. Como se recordará, y en ello radica su importancia, el Tribunal de Justicia CE dio una respuesta afirmativa en 2001 al calificar como contrato público de obras el que tiene por objeto la realización de una obra (construcción del Teatro alla Bicocca y de un parking aledaño) por parte del titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización, con imputación de la totalidad o parte de la obra a cuenta de la contribución adeudada por la concesión de la licencia cuando, como subraya el Tribunal, el valor de dicha obra sea igual o superior al umbral fijado por la, entonces vigente, 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.

El tema es complejo y ha estado rodeado por un intenso debate doctrinal. A ello cabe añadir que el Tribunal de Justicia tampoco ha mantenido un criterio unívoco y sin fisuras sobre esta materia. Por su parte, la Sentencia objeto de este comentario —precedida, por cierto, por una contundente recomendación de desestimación del Abogado General— se queda, por así decirlo, en los linderos de la discusión de fondo, al rechazar el recurso interpuesto por entender que la Comisión no había desplegado una actividad probatoria suficiente. En concreto, afirma el Tribunal, la Comisión no ha demostrado que el objeto principal del con-

trato celebrado entre la entidad local y el urbanizador corresponda a contratos públicos de obras en el sentido atribuido por las Directivas de contratos (considerando 98). Pero tanto esta declaración, que, por cierto, parece confirmar más que negar el carácter contractual de la obras de infraestructura y de urbanización, como alguna otra semejante que se desliza en la parte final del fallo –*v. gr.* la que considera que determinadas actividades comprendidas en los PAIs «parecen corresponder, por su naturaleza» a las prestaciones típicas de un contrato público de servicios– otorgan al fallo un carácter no concluyente que da pie a diversas interpretaciones acerca de su sentido y alcance.

I. LOS TÉRMINOS DEL DEBATE: ¿SON APLICABLES LAS NORMAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA A LA ADJUDICACIÓN DE LOS PROGRAMAS PARA EL DESARROLLO DE ACTUACIONES INTEGRADAS PREVISTOS POR LA LEGISLACIÓN VALENCIANA?

La Comisión Europea solicitó que se declarase que el Reino de España había incumplido las obligaciones derivadas de las Directivas 93/37/CEE y 2004/18/CE al adjudicar y aprobar los PAIs previstos por la legislación urbanística valenciana. Cabe precisar, no obstante que el recurso interpuesto por la Comisión se refería únicamente a la gestión indirecta de los PAI, es decir, al solo supuesto en que la Administración delega la condición de urbanizador en un particular, sea o no propietario del terreno, seleccionado mediante un procedimiento público (arts. 133 y ss. de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana).

Los aspectos fundamentales de la argumentación de la Comisión pueden sintetizarse del modo siguiente: en primer término, la Comisión estima que la relación existente entre la Administración local y el urbanizador constituye un contrato público cuyo objeto principal es la ejecución de obras públicas de infraestructuras y urbanización; en segundo lugar, dicha calificación no se ve alterada por la exigencia de la LUV de que la ejecución material de las citadas obras sea realizada por un constructor –tercero distinto del urbanizador– puesto que en cualquier caso es precisamente el urbanizador quien ha asumido la responsabilidad de su ejecución ante la Administración local; en tercer lugar, entiende la Comisión que entre el Ayuntamiento y el urbanizador existe un contrato bilateral «en virtud del cual la contraprestación para éste [Ayuntamiento] está en relación directa con la ejecución de las obras públicas y la prestación de determinados servicios» y, por su parte, el urbanizador recibe de los propietarios de los terrenos una cantidad de

dinero o su equivalente en suelo ; en suma, para la Comisión, el carácter oneroso del citado contrato se expresa en la decisión de la Administración de aprobar el respectivo PAI y de seleccionar al urbanizador, así como en el ejercicio de sus prerrogativas públicas para garantizar el respeto de las disposiciones del PAI previamente aprobado.

Por su parte, el Reino de España basa su razonamiento en afirmar que entre Ayuntamiento y urbanizador existe una concesión de servicio público, la cual, como es notorio, no está sometida a las prescripciones de las Directivas de contratos públicos. Ello significa que el urbanizador no sería un adjudicatario de un contrato *strictu sensu* sino un concesionario «puesto que su retribución depende de la explotación en el mercado de los terrenos edificables y no de un precio fijo garantizado por la Administración» (considerando 82 de la Sentencia) . Finalmente, contestando los argumentos de la Comisión, España sostuvo que la ejecución de las obras de urbanización no constituye «el objeto exclusivo, ni siquiera fundamental de los PAIs» y que, en todo caso, no existe relación onerosa porque la retribución que percibe el urbanizador procede exclusivamente de los propietarios.

Dicho esto, cabe precisar que las posiciones de la Comisión y de España están menos enfrentadas de lo que pudiera parecer a primera vista, especialmente si se tienen en cuenta las modificaciones introducidas por la LUV de 2005 en el ámbito de la selección del urbanizador. Recuérdese, a este respecto, la obligación de publicar, en primer lugar, en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio para la adjudicación del respectivo PAI por parte de la entidad local o, por mencionar otro extremo de importancia, la separación de las figuras de urbanizador y constructor, cuyo procedimiento de selección también se somete a publicidad. La razón por la cual la Comisión mantuvo su recurso a pesar de los cambios reseñados se encuentra en que las disposiciones transitorias de la LUV permitían prolongar en el tiempo actuaciones urbanísticas sometidas a la ley precedente de 1994 las que, a juicio de la Comisión, resultaban contrarias a las Directivas de contratos públicos. Todo ello, claro está, sin perjuicio de otras alegaciones de la Comisión relacionadas directamente con el texto legal de 2005 respecto de las cuales, sin embargo, el Tribunal no ha llegado a pronunciarse, al haber resuelto el asunto, como ya se ha indicado, desde una óptica estrictamente procesal (insuficiencia de prueba).

Para terminar, no está de más recordar que el recurso que da origen a la STJUE de 2011 se interpone tras recibir la Comisión y el propio Parlamento europeo miles de denuncias de particulares relativas a su-

puestos casos de abusos e irregularidades cometidas al amparo de la legislación urbanística valenciana y después de que las propias instituciones europeas hubieran calificado como un «urbanismo salvaje» (Informe Auken) el intenso desarrollo urbanístico de los últimos años en España. De ahí que el Abogado General Jääskinen afirme en sus conclusiones que el recurso puede entenderse como «la respuesta» de la Comisión ante la avalancha de denuncias que ha ido recibiendo en los últimos años. «La Comisión, concluye Jääskinen, investigó las diferentes denuncias y se encontró con que la única vía que podía seguirse era la de la contratación pública...», «pero, añade seguidamente, como los principales motivos de queja de los peticionarios se referían a otras cuestiones, distintas del cumplimiento de la normativa en materia de contratos públicos, de poco consuelo les van a servir el presente recurso de la Comisión y la solución que se dé al litigio».

II. LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL: LA NECESIDAD DE ACREDITAR QUE LAS OBRAS DE URBANIZACIÓN SON LA «PRESTACIÓN PRINCIPAL» DEL CONTRATO MIXTO

La Comisión había alegado en su recurso que entre la Administración local y el urbanizador existía un contrato público cuya prestación principal era la ejecución de obras públicas de urbanización e infraestructuras. Sobre la base de dicho *petitum*, el Tribunal de Justicia aplica al caso de la legislación urbanística valenciana el régimen jurídico de los contratos mixtos y la doctrina jurisprudencial que tales disposiciones han dado lugar. Por ello, antes de examinar los razonamientos de la STJCE de 2011 conviene recordar sucintamente los aspectos medulares de ambos temas (régimen jurídico y doctrina jurisprudencial).

La Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, al igual que las anteriores Directivas sobre contratación pública, contempla algunas reglas específicas aplicables a los contratos mixtos. Así, en primer término, tratándose de contratos que combinen servicios y suministros, el art. 1.2.d) de la Directiva dispone que estaremos ante un «contrato público de servicios» cuando el valor de los servicios en cuestión sea superior a los respectivos productos; a contrario sensu, se calificarán como suministros aquellos contratos en los cuales el valor de los bienes suministrados sea superior a los de los servicios prestados y también cuando el precio de ambos sea igual. Cabe añadir que el legislador comunitario parece no distinguir entre los servicios que figuren en el Anexo II A y II B de la Directiva 2004/18 cuando enuncia las reglas de los contratos mixtos. Ello no plantea mayores inconvenientes cuando se combinan

servicios del Anexo II A y suministros, dada la similitud de las reglas aplicables al contrato resultante, pero una cosa distinta sucede cuando se mezclan servicios del Anexo II B y suministros y el valor de los primeros supera al de los segundos. En este caso, el contrato mixto se regirá únicamente por las normas contenidas en el art. 23 y apartado 4 del artículo 35 Directiva 2004/18.

Por otra parte, cuando se trata de fusionar obras con servicios o, en su caso, suministros, la Directiva considera el carácter accesorio o no de las primeras (obras) en relación con los segundos (servicios, suministros), para determinar el régimen jurídico aplicable al respectivo contrato público (art. 1.2.c y d). O, lo que es igual, en este caso no se aplica exclusivamente el criterio económico (value test) sino también otros criterios cualitativos que permitan determinar lo que deba considerarse como el objeto principal del respectivo negocio. A ello debe sumarse, como elemento de interpretación, lo indicado en el Considerando décimo de la Directiva 2004/18/CE, a propósito del carácter principal o accesorio de las obras y de los servicios en esta clase de negocios. Así se afirma que «un contrato debe considerarse un contrato público de obras sólo si su objeto abarca específicamente la ejecución de alguna de las actividades que se detallan en el anexo I, si bien el contrato puede conllevar la prestación de otros servicios necesarios para la realización de dichas actividades [obras] ». A lo que se añade que los contratos públicos de servicios podrán incluir obras en determinadas circunstancias; no obstante «cuando dichas obras sean accesorias al objeto principal del contrato y sean, por tanto, consecuencia o complemento del mismo, el contrato no podrá considerarse como un contrato público de obras».

III. LA DOCTRINA DEL TJCE RELATIVA A LOS CONTRATOS MIXTOS

Un primer pronunciamiento de importancia en esta materia es la STJCE de 19 de abril de 1994 (asunto C-331/92), Gestión Hotelera Internacional SA contra Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de las Palmas de Gran Canaria y Gran Casino de las Palmas SA. En este caso, el Gobierno de Canarias convocó dos concursos públicos, uno para adjudicar la instalación y apertura de un casino de juego y otro relativo a la explotación de las instalaciones de un hotel de propiedad municipal. Ambas ofertas estaban muy relacionadas entre sí ya que el órgano de contratación había previsto adjudicar el contrato relativo a la instalación

del casino a una empresa que se hiciera cargo también de las instalaciones hoteleras. Gestión Hotelera Internacional SA, por entonces arrendataria del Hotel municipal, solicitó la anulación de los citados concursos y de la adjudicación que, en el ínterin, se había realizado a favor otra empresa: la Sociedad Gran Casino de Las Palmas. La solicitud de anulación se basaba en la vulneración de las normas comunitarias de contratación pública porque no se habían cumplido las exigencias de publicidad (publicación del anuncio relativo a las obras de reforma del casino y del hotel). En este contexto, el TSJ de Canarias planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales: en primer término, si un «contrato mixto de obra y cesión de servicios» puede entenderse incluido en el concepto de «contrato de obra pública» empleado por la entonces Directiva de obras 71/305/CEE, de 26 de julio de 1971. Y, en segundo, si en este caso los poderes adjudicadores están obligados a realizar la preceptiva publicación en el DOCE. El Tribunal de Justicia, tras analizar detalladamente el contenido de las respectivas ofertas (considerandos 18 a 22), concluye afirmando que «cuando las obras a realizar en el hotel y en el casino sólo tienen un carácter accesorio en relación con el objeto principal –un aspecto que, en su parecer, debe ser dilucidado por el juez nacional (considerando 26)– la totalidad de la licitación no puede calificarse de contrato público de obras, en el sentido de la Directiva 71/305». A juicio del Tribunal de Justicia dicha conclusión se corrobora por lo señalado en el considerando decimosexto de la Directiva 92/50/CEE, de servicios, a cuyo tenor, un contrato sólo puede considerarse contrato público de obras si su objeto consiste en la realización de una obra de construcción, de suerte que, cuando dichas obras son accesorias y no constituyen el objeto del contrato, no pueden justificar la clasificación del mismo como contrato de obras.

En esta misma línea, cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia CE de 18 de enero de 2007 (asunto C-220/05), de 18 de enero de 2007, J. Auroux y otros con Commune de Roanne, en el que participa la Société d'équipement du département de la Loire (SEDL), cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo de Lyon. Este caso tiene también su origen en un negocio complejo –la construcción de un centro de ocio en tramos sucesivos– el cual, sin embargo, nace a la vida jurídica bajo la forma de un convenio suscrito por el municipio de Roanne y la SEDL, sin haberse adoptado medida de publicidad alguna ni convocatoria de licitación pública. A este respecto, es preciso tener en cuenta que el citado convenio fue suscrito al amparo del entonces vigente art. L. 300-4 del Código de Urbanismo francés que, en lo que aquí importa,

disponía que «el Estado, las entidades locales y sus organismos públicos pueden confiar el estudio y la ejecución de medidas de ordenación previstas en el presente Libro a todo sujeto público o privado que reúna las condiciones para ello» y, más adelante, añadía que cuando ello tuviera lugar con un sujeto público –como es el caso que nos ocupa– dicho acuerdo «puede adoptar la forma de un convenio público de ordenación». Tal y como subraya la Abogada General en sus conclusiones (presentadas el 15 de junio de 2006), el art. L. 300-4 fue modificado por la Ley 2005-809 –previamente la Comisión Europea había incoado un procedimiento por incumplimiento del derecho comunitario– disponiendo en la actualidad que «la adjudicación de concesiones urbanísticas se llevará a cabo por el concedente en el marco de un procedimiento público de licitación que permita la presentación de diferentes ofertas con los requisitos establecidos por decreto del Consejo de Estado». De lo anterior resulta que, bajo la vigente redacción, no hubiera sido lícito encomendar directamente a SEDL el proyecto y la realización del centro de ocio, quedando pendiente, sin embargo, la cuestión de la validez o invalidez del citado convenio. Este punto fue expresamente resuelto por la Ley de 2005, al prever una convalidación retroactiva de los convenios celebrados al amparo de las normas antes citadas. Por lo que respecta a la cuestión prejudicial, se plantea al Tribunal de Justicia si a pesar de su complejidad el citado convenio puede considerarse un contrato de obras, de acuerdo con la definición contenida en la Directiva 93/37/CE. En la alegación del municipio de Roanne, ello no es posible ya que su objeto «no se limita a la ejecución de obras» al tiempo que recuerda que en el derecho francés este tipo de convenios se adoptan para llevar a cabo un proyecto urbanístico en su conjunto o poner en práctica, en todos sus elementos, ciertas políticas urbanísticas, lo que incluye la preparación del proyecto, la gestión administrativa y jurídica, la adquisición de terrenos mediante expropiación y la tramitación de los respectivos procedimientos de adjudicación de contratos. A juicio del Tribunal, en cambio, no cabe duda de que se trata de un contrato mixto que incluye obras y servicios cuyo régimen jurídico depende, a su vez, de la determinación del objeto principal del respectivo contrato. En sus términos, «cuando un contrato contiene a un tiempo elementos propios de un contrato de obras y elementos propios de algún otro tipo de contrato, ha de estarse al objeto principal del contrato para determinar qué directiva comunitaria de contratación pública debe aplicarse». Y entrando ya en la resolución del asunto entiende que el objeto principal del convenio es la ejecución de una obra en concreto (un centro de ocio), que los servicios previstos en el citado convenio forman parte de la concreción

de dicha obra (adquisición inmobiliaria, recaudación de fondos, comercialización de edificaciones, etc.) y que, por tanto, su contenido se ajusta a la definición prevista en la Directiva de obras.

El último pronunciamiento del TJCE en materia de contratos mixtos es la Sentencia de 21 de febrero de 2008, Comisión contra la República Italiana (C-412/04). En ella se reitera la doctrina contenida en los fallos precedentes, aunque eso sí de un modo más explícito y contundente. Para el Tribunal Europeo la determinación del régimen aplicable a los contratos que combinen obras y servicios o suministros no puede realizarse únicamente por aplicación de un criterio cuantitativo –prestación de mayor valor económico, *value test*– sino que, como ya se ha indicado, es necesario identificar la prestación característica del contrato para distinguirla de aquellas otras que presentan un carácter accesorio o complementario.

En este caso, la Comisión europea consideró que determinadas disposiciones de la entonces vigente Ley 109/1994, de 11 de febrero, marco en materia de obras públicas, vulneraban las normas comunitarias de contratación pública. En lo que aquí importa, el citado texto legal tras definir el contrato de obras públicas, hacía extensible su régimen jurídico a los contratos mixtos de obras, de suministros y de servicios, así como a los contratos de suministro o de servicios que incluyera obras accesorias valoradas en más de un 50 por ciento del precio total del contrato de que se trate. Lo que equivalía a decir que la sujeción del contrato mixto a la citada Directiva se basaba en un solo criterio: el valor de las obras accesorias. El Tribunal de Justicia ha entendido, por el contrario, que dicha sujeción ha de depender del objeto principal del contrato y que para su determinación debe analizarse el conjunto de las prestaciones con el fin de identificar «las obligaciones esenciales que prevalecen y que, como tales, caracterizan dicho contrato, por oposición de aquellas otras que sólo tienen carácter accesorio o complementario y que son impuestas por el propio objeto del contrato». Y, a este respecto, advierte que la cuantía de las diferentes prestaciones «tan sólo constituye uno de los distintos criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de proceder a esa determinación». En caso contrario, añade el Tribunal, existe el riesgo de que determinados contratos mixtos queden excluidos de las normas comunitarias de contratación pública. En concreto, aquellos contratos en los cuales el importe de las obras, aunque accesorias, represente más del 50 por ciento del precio total, siendo éste, a su vez, inferior al umbral fijado por la Directiva de obras y ello a pesar de que supere los umbrales previstos para servicios y suministros.

Hecho este repaso de la jurisprudencia del TJCE en materia de contratos mixtos corresponde ahora examinar el razonamiento argumentativo de la Sentencia de 2011. Dicho razonamiento se inicia con la constatación de que los PAIs son una figura compleja y multiforme que alberga una amplia gama de actividades dentro de las cuales hallan cobijo las obras de conexión e integración de los terrenos de las redes de infraestructuras, energía, comunicaciones y servicios públicos existentes. Pero, en el presente supuesto el Tribunal entiende, y así lo declara en términos muy rotundos que la Comisión no ha demostrado «en absoluto» que dichas obras constituyan el objeto principal del contrato celebrado entre la entidad territorial y el urbanizador en el marco de un PAI en gestión indirecta. Añadiendo a continuación que el resto de actividades (elaboración del plan de desarrollo; la propuesta y gestión del proyecto de reparcelación, la obtención gratuita a favor de la Administración de los suelos dotaciones públicas, etc.) no pueden calificarse de «obras» en el sentido de las Directivas de contratos (fundamento 96); más bien, según el Tribunal, tales actividades (las que no se pueden subsumir en el concepto comunitario de «obra pública») «parecen corresponder» por su naturaleza a servicios.

IV. LA CALIFICACIÓN DE LAS OBRAS DE URBANIZACIÓN COMO UN CONTRATO DE OBRAS: ¿QUÉ SIGNIFICA QUE EL CONTRATO DEBE TENER CARÁCTER ONEROSO?

Sin duda son múltiples las cuestiones problemáticas que plantea la aplicación de las normas sobre contratación pública en el ámbito de las obras de urbanización. En las siguientes líneas centraremos nuestra atención en una de ellas –la relativa al requisito de la onerosidad del contrato público de obras– porque, a mi juicio, es aquí donde el razonamiento del TJUE resulta menos contundente y clarificador. Con dicha finalidad, seguidamente se expone el marco jurídico regulador –desde la perspectiva contractual y su posible encaje con las obras de urbanización– para luego abordar la interpretación que sobre el citado requisito ha venido realizando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

V. EL MARCO NORMATIVO

La Directiva 2004/18 fija su ámbito objetivo de aplicación sobre la base del concepto de «contratos públicos» entendiendo por tales «los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea

la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el sentido de la presente Directiva» (art. 1.2. a). Por su parte, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público delimita los contratos que quedan sometidos a sus disposiciones utilizando el supraconcepto de «contratos del sector público». Según especifica en su art. 2.1 LCSP, dicho concepto comprende «los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos, y entidades enumeradas en el art. 3». Por tanto, el primer rasgo que caracteriza a los contratos públicos o a los contratos del sector público es su carácter oneroso, es decir, aquéllos que implican una contraprestación (por ejemplo, el pago de un precio). Pero, cabe preguntarse si las normas comunitarias exigen algo más: en concreto, si la respectiva contraprestación además de existir debe ser satisfecha con fondos públicos. La respuesta a esta pregunta reviste la mayor importancia porque, según la regla tradicional del Derecho español, son los propietarios de los terrenos en transformación –y no, por tanto, la Administración Pública– los que tienen el deber de costear las obras que precisa la urbanización. Así se consagraba, por ejemplo, en el Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, al indicar que «los propietarios del suelo urbanizable programado deberán costear la urbanización» (art. 84.Tres.c) y, en términos similares la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, establecía en su art 18 «Deberes de los propietarios de suelo urbanizable» la obligación de costear la urbanización del sector o ámbito correspondiente.

Es cierto, sin embargo, que la legislación vigente (el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo) ha reconfigurado el binomio propiedad-urbanización estableciendo, tal y como destaca su Exposición de Motivos, que «el régimen de la iniciativa privada para la actividad urbanística... es una actividad económica de interés general que afecta tanto al derecho de la propiedad como a la libertad de empresa» y que «la urbanización es un servicio público, cuya gestión puede reservarse la Administración o encomendar a privados. En este último caso, la elección del empresario urbanizador deberá realizarse «mediante un procedimiento con publicidad y concurrencia y con criterios de adjudicación que salvaguarden una adecuada participación de la comunidad en las plusvalías derivadas de las actuaciones urbanísticas». Tales reglas se aplicarán sin perjuicio de lo que disponga la legislación urbanística, en particular en

lo relativo a las «peculiaridades o excepciones...a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo» (art. 6.a) in fine Real Decreto Legislativo 2/2008). En resumen, el nuevo marco legal excluye del contenido del derecho de propiedad sobre el suelo la facultad de urbanizar, es decir, el derecho de los propietarios a instar la transformación de sus terrenos o parcelas. Pero dicho esto, cabría preguntarse si la Ley mantiene, como venía siendo tradicional, el deber de los propietarios de costear las obras de urbanización del ámbito de actuación en el que se ubiquen sus terrenos. La respuesta no puede ser sino afirmativa, pero con el matiz de que ahora no se incluye expresamente dicho deber en el contenido del derecho de propiedad del suelo (arts. 8 y 9 RDLeg 2/2008), sino entre los que el legislador denomina «deberes de la promoción de las actuaciones de transformación urbanística» (art. 16.c) RDLeg 2/2008). Como ha quedado dicho, la ejecución de la urbanización puede ser asumida por propietarios o por terceros que no tengan esa condición (empresario urbanizador) y, por tanto, los deberes legales correspondientes no se vinculan a la propiedad del respectivo suelo sino a la condición de promotor de la actuación. Pero en cualquiera de los supuestos anteriores, el aspecto que aquí interesa permanece inalterado porque las obras de urbanización no son financiadas con fondos públicos.

VI. LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA ACERCA DEL SIGNIFICADO DEL CARÁCTER ONEROSO DEL CONTRATO PÚBLICO

Llegados a este punto, corresponde examinar el alcance que el requisito de la onerosidad tiene para el Tribunal de Justicia, y para ello nada mejor que recordar, ante todo, la interpretación amplia realizada en el caso de la Scala de Milán. En dicha oportunidad, el Tribunal estableció que si bien no había un desembolso de fondos públicos, la onerosidad derivaba del hecho de que el municipio había renunciado a la tasa de urbanización que se cobraba en estos supuestos y como poder adjudicador sufría un perjuicio económico (apartado 81) . De este modo, se considera cumplido el requisito «onerosidad» aunque el ente local no haya soportado el coste de las obras pero sí porque dejó de percibir un ingreso directamente relacionado con la urbanización. En realidad, como ha puesto de manifiesto parte de la doctrina, se trata de una interpretación en exceso forzada porque la legislación italiana prevé dos formas alternativas de cumplir las obligaciones del titular de una licencia urbanística: a) pagando el coste de las obras de urbanización o b) ejecutándolas directamente. En este último supuesto, el legislador urbanístico per-

mite deducir la respectiva contribución (que sí habría que satisfacer en la modalidad a). De hecho, podría afirmarse que si así no fuera el particular estaría obligado a un doble pago. En otro caso (el ya expuesto Auroux y otros) el Tribunal declaró que era manifiesto el carácter oneroso del convenio porque la SEDL recibe una cantidad del municipio de Roanne en contrapartida de la cesión del aparcamiento y porque existe un compromiso del citado ente de participar en los gastos de todas las obras que deban realizarse (considerando 45). En este último caso hay onerosidad porque ha habido un pago realizado con fondos públicos mientras que en el primero la condonación de una deuda se equipara a la contraprestación del poder adjudicador.

Otro pronunciamiento de interés para el tema que nos ocupa es la STJUE de 25 de marzo de 2010, Helmut Müller y Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (asunto c-451/08). En este caso, la Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (la agencia federal para asuntos inmobiliarios) decidió vender un cuartel de su propiedad con el finalidad de devolver los terrenos al uso civil. En el procedimiento se presentaron dos ofertas: una de la empresa de H. Müller y la otra de la empresa GSSI, resultando esta última seleccionada por razones urbanísticas (potenciaba el atractivo del municipio). Seguidamente el pleno del ayuntamiento de Wildeshausen acordó estudiar el proyecto presentado por la empresa GSSI e iniciar el procedimiento para aprobar el correspondiente plan urbanístico aclarando, sin embargo, que la legislación no otorga derecho alguno a que se obtenga la aprobación de un plan urbanístico (vinculado, en su caso, al proyecto) . La empresa que no resultó adjudicataria (Müller) interpuso un recurso, el cual con posterioridad daría lugar al planteamiento de la respectiva cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. En lo que aquí importa, el Tribunal estableció que 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. Por lo que se refiere al primer elemento –prestación que recibe el poder adjudicador– que, es por cierto, el que concentra la atención preferente del fallo, el Tribunal afirma que debe conllevar un «beneficio económico directo» para el poder adjudicador lo que sucede, en primer lugar, cuando se dispone que el poder adjudicador asumirá la propiedad de las obras objeto del contrato o dispondrá de un título jurídico que le asegure la disponibilidad de las mismas a los efectos de su afectación pública . También, añade el Tribunal, el beneficio económico 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. Como se aprecia, únicamente en este último supuesto el Tribunal se refiere, siquiera tangencialmente, a la contraprestación que debe realizar el poder adjudicador (haber participado en la realización de las obras o haber asumido determinados riesgos). Ello se explica porque el órgano jurisdiccional alemán se había cuestionado si las relaciones entre la empresa GSSI (comprador del cuartel) y el Ayuntamiento de Wildeshausen (órgano público con competencia urbanística) pueden calificarse en rigor, como un contrato público de obras. Según el Tribunal alemán «en un futuro no muy lejano, pero que no puede precisarse aún, el Ayuntamiento de Wildeshausen ejercerá su poder de apreciación aprobando un plan urbanístico basado en un proyecto, celebrando un contrato de ejecución con GSSI y adjudicándole de este modo un contrato público de obras». Pero por el momento el Tribunal constata sólo existe una decisión del ente local por la que se compromete a estudiar el proyecto de la empresa GSSI y, en su caso, a aprobar el correspondiente plan urbanístico, aunque precisando, como ha quedado dicho, que la citada empresa no tiene derecho a instar tal aprobación. De hecho, podría añadirse, el ente local ni siquiera ha ejercido la potestad pública de ordenación urbanística. Aún así, el Tribunal formula una conclusión que, dados sus términos, trasciende del caso concreto al afirmar que «el mero ejercicio de competencias normativas en materia urbanística, con la finalidad de satisfacer el interés general, no tiene por objeto ni recibir prestaciones contractuales ni satisfacer el beneficio directo del poder adjudicador, en los términos exigidos por el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18». Dicho de otro modo, el ejercicio de tales competencias no puede entenderse como una auténtica contraprestación (del poder adjudicador) que atribuya carácter oneroso al contrato. Pero el Tribunal de Justicia deja sin explicar qué otra actividad del órgano con competencia urbanística permitiría entender cumplido el requisito de la contraprestación por parte del poder adjudicador a efectos de lo que dispone la Directiva de contratos.

Por último, cabe preguntarse cómo ha venido interpretando el Tribunal de Justicia el requisito de la onerosidad fuera del ámbito del contrato de obras. En este sentido resulta especialmente importante la conocida Sentencia de 13 de octubre de 2005 asunto C-458/03, Parking Brixen, ya que el Tribunal consideró que la gestión de un parking público de pago no puede considerarse como un contrato público de servicios porque la retribución no procedía de la Administración Pública sino

de terceros, los usuarios del parking. De la definición del contrato público de servicios contenida en la Directiva 92/50, argumenta el Tribunal, se deduce la exigencia de «una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios». En cambio, si la retribución proviene de terceros (usuarios del servicio), ello implica que el prestador asume el riesgo de la explotación de los respectivos servicios, característica propia del contrato de concesión de servicios, el cual, como es sabido, está excluido del ámbito de la Directiva de contratos. Dos años más tarde, el Tribunal añadirá un nuevo matiz de importancia: el hecho de que la retribución provenga en parte del poder adjudicador y en parte de terceros no impide calificar al citado contrato como de servicios siempre que, puntualiza el Tribunal, la contraprestación consista «esencialmente en el pago» del poder adjudicador y los demás ingresos tengan un carácter «accesorio».

De cuanto se ha dicho se puede concluir que el requisito de la onerosidad exigido por la Directiva 2004/18 para configurar un contrato público de obras comporta necesariamente la idea de un intercambio de prestaciones: el contratista está obligado a la realización de una obra (las indicadas en el Anexo I de la Directiva o, más en general, como se precisa en el art. 1.2.b «la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador») y el órgano contratante se compromete a pagar o entregar, a su vez, la debida contraprestación. Esta última será normalmente el pago de una cantidad de dinero en forma de precio, pero también puede consistir, por ejemplo, en la asunción de determinados riesgos relacionados con la realización de la obra, tal y como se estableció en la STJUE relativa al caso Auroux y otros. Dicho de otro modo, el carácter oneroso implica que el poder adjudicador debe emplear, directa o indirectamente, fondos propios para satisfacer la contraprestación a la que está obligado. Pero ¿Qué ocurre cuándo se aplican tales exigencias a las obras de urbanización e infraestructuras a cargo de un agente urbanizador o de las Juntas de Compensación? Pues ocurre sencillamente que no terminan de encajar porque en tales supuestos la contraprestación no proviene del poder adjudicador sino que de sujetos distintos: los propietarios de los terrenos. La STJUE de 2011 relativa a la legislación urbanística valenciana podría haber dilucidado definitivamente este punto, confirmando la doctrina sentada una década atrás en el caso de la Scala de Milán o rectificándola mediante una interpretación adecuada del requisito de la onerosidad de los contratos públicos. Nada de ello ha ocurrido porque el Tribunal ha optado por resolver el caso con base en argumentos proce-

sales. Pero estamos lejos de que de tal silencio judicial pueda deducirse la aceptación implícita de la tesis defendida por España (la existencia de una concesión de servicio público); más bien lo contrario, pues el propio Tribunal da a entender que, de no tratarse de un contrato de obras, los PAIs (o determinadas prestaciones de los mismos) podrían encuadrarse en la figura de los contratos de servicios sometidos también a las normas de contratación pública.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BAÑO LEÓN, J. M^a: «Concesión de obra urbanizadora», en *Diccionario de Contratación Pública*, Bermejo Vera (Dir.), Iustel, 2009, pp. 99 a 103.
- «El agente urbanizador ante el Tribunal de Justicia», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n^o 22 de 2011, pp. 14-17.
- BERBEROFF, D.: «Notas de urgencia sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de mayo de 2011, Comisión/España: último capítulo de las relaciones entre urbanismo y contratación pública», en *www.elderecho.com*
- BUSTILLO BOLADO, R.: «Un nuevo paso (no definitivo) en la determinación de qué relaciones jurídico-urbanísticas deben quedar sometidas en su nacimiento a las reglas comunitarias de publicidad y concurrencia en la contratación pública: comentario a la STJUE de 25 de marzo de 2010 (Helmut Müller GmbH v. Administración Federal para asuntos inmobiliarios)», *RUE*, n^o 21, de 2010, p. 265-273.
- CORCHERO, M.: «El agente urbanizador valenciano y la legislación de contratos de las administraciones públicas: referencia a la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RUE*, n^o 16 de 2008, pp. 220-234.
- FERNÁNDEZ, T.-R.: «La sentencia del TJCE de 12 julio 2001 (asunto («Proyecto Scala 2011»)) y su impacto en el ordenamiento urbanístico español», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n^o 505 de 2001, pp. 1-14.
- «La gestión urbanística y las Directivas de contratos: ¿el fin de un enredo?», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, n^o 23 de 2011, pp. 15-20.
- GARRIDO MAYOL, V. y COLLADO BENEYTO, P.: «Gestión urbanística y agente urbanizador», *RAP*, n^o 186 de 2011, págs. 259-296.
- GIMENO FELIU, J. M.: «El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de las normas de contratación pública», *RAP*, n^o 173 de 2007, pp. 63-100.

GONZÁLEZ-VARAS, S.: «Impacto de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de mayo de 2011 sobre el Derecho urbanístico valenciano», *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 15 de 2011, pp. 145-176.

LAZO VITORIA, X.: «Los contratos mixtos», *RAP*, nº 179 de 2009.

TEJEDOR BIELSA, J.: «Contratación de la obra urbanizadora y sistema de compensación. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001», *REDA*, nº 112 de 2001, pp. 597-611.

- «Propiedad del Suelo, obras de urbanización y excepción licitatoria. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de marzo de 2010», *REDA*, nº 148 de 2010, pp. 853-877.
- «Reflexiones sobre el estado de lo urbanístico: entre la anomalía y la excepción», *RAP*, nº 181 de 2010, pp. 83-133.

VAQUER CABALLERÍA, M.: «Constitución, Ley del Suelo y ordenamiento territorial y urbanístico», *RGDA*, nº 15 de 2007, pp. 1-32.

El régimen de la modificación de los contratos del sector público en el Real Decreto Legislativo 3/2011, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

FRANCISCO PUERTA SEGUIDO

Profesor Doctor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo Universidad de Castilla La Mancha. Presidente del Jurado Regional de Valoraciones de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS Y GENERALES SOBRE LAS PRERROGATIVAS DE MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. II. EL RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL DE LA PRERROGATIVA DE MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS. 1. *Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación.* 2. *Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación.* 3. *El procedimiento establecido para el ejercicio de la prerrogativa de modificación del contrato.* 3.1. *Procedimiento general aplicable a la modificación de los contratos administrativos (arts. 211, 108 y 219 TRLCSP; 97 y 102 RD 1098/2001).* 3.2. *Algunas singularidades del procedimiento de modificación.* 4. *Las especialidades previstas para los modificados en cada una de las figuras contractuales.* 4.1. *Las modificaciones en el contrato de obras.* 4.2. *Modificación del proyecto y de la obra en el contrato de concesión de obra pública.* 4.3. *La modificación del contrato de gestión de servicios públicos.* 4.4. *La modificación del contrato de suministro.* 4.5. *Modificación de los contratos de servicios de mantenimiento.* III. BIBLIOGRAFÍA.

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS Y GENERALES SOBRE LAS PRERROGATIVAS DE MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Son muchos los aforismos latinos que solemos utilizar para poner de manifiesto que la Administración, cuando actúa como tal, con *impe-*

rium, está revestida de un poder jurídico exorbitante que concentra numerosas facultades integradas en los llamados privilegios de ejecutividad y de ejecutoriedad, de autotutela.

Esta posición de *potentior* persona despliega sus posibilidades también en un ámbito estratégico como es el de la contratación pública. Esta potestad exorbitante atribuida por el ordenamiento a la Administración pública se justifica por la necesidad de hacer frente a las distintas vicisitudes que suelen plantearse, dada la complejidad del objeto de ciertos contratos o la larga duración de los mismos, en el momento de su ejecución y que siendo nuevas y sobrevenidas no pudieron ser previstas en el momento de su adjudicación y varían los términos de la relación contractual para procurar la consecución de la finalidad o interés pública que la inspira.

Como recuerda GIMENO FELIÚ³⁷⁵ nos encontramos ante «un instrumento de política económica que puede contribuir a la consecución de otros fines o políticas públicas como puede ser la lucha contra el desempleo». Los intereses generales, a los que se debe por mandato constitucional toda la actividad administrativa, justifican las denominadas «prerrogativas de la Administración que, en el estudio que ahora nos ocupa, amparan su posibilidad de modificar los contratos y, excepcionalmente resolverlos, si razones de interés general o público así lo demandan y con la obligación de restablecer el equilibrio patrimonial de la relación afectada. Para MORENO MOLINA³⁷⁶ «en base a esta característica, ligada a las exigencias derivadas de que una de las partes en el contrato sea una Administración Pública, se explica la existencia de cláusulas exorbitantes o prerrogativas en favor de la Administración, como las denomina la Ley de Contratos».

El actual artículo 210 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, repitiendo literalmente las previsiones del ya derogado 194 de LCSP, señala que «dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por

375. GIMENO FELIÚ, J. M^a: *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, pp. 16 y 17.

También en GIMENO FELIÚ, J. M^a.

376. MORENO MOLINA, J. A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *La nueva ley de contratos del sector público*. Edita: La Ley, 3^a edición, Madrid, marzo 2011, p. 979.

razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta». El régimen general de la prerrogativa, por lo que la facultad de modificar los contratos se refiere, se completa con algunas previsiones que resumimos de la siguiente manera:

- Los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en el título V del libro I (art. 219.1 RDLeg 3/2011; antiguo art. 202.1 LCSP que remitía, en lo que a procedimiento se refiere, al 195 del mismo cuerpo legal).
- Para llevar a cabo las modificaciones ha de seguirse el procedimiento regulado en el artículo 211 (art. 219.1 RDLeg 3/2011; antiguo art. 202.1 LCSP) que garantiza audiencia al contratista, en los procedimientos que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a la interpretación, modificación y resolución del contrato, y exige informe previo del Servicio Jurídico, cuando contrata la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, y, además, informe preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de modificaciones del contrato, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 por ciento del precio primitivo del contrato, cuando éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros. (art. 211.1, 2 y 3 RDLeg 3/2011; antiguo art. 195.1, 2 y 3 LCSP).
- Los acuerdos de modificaciones de los contratos que adopte el órgano de contratación son obligatorios para los contratistas, ponen fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos (arts. 219.1 y 211.4 RDLeg 3/2011; antiguos 202.1, in fine, y 195.4 LCSP).

De la nueva regulación legal de la prerrogativa de modificación de los contratos, tras la redacción dada por la Disposición Final Decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de febrero, de Economía sostenible y ahora mantenida por el RDLeg 3/2011, se deduce varias conclusiones generales que debemos abordar prima facie y antes de analizar el régimen jurídico del Título V, libro I, ahora integrado por los arts. 105 a 108, ambos inclusive. Exponemos las conclusiones que actúan a modo de cimientos de la prerrogativa de modificación de los contratos:

a) el ejercicio de esta potestad debe ser excepcional, sin que desde la norma se haya producido una sustitución del principio básico que

impone el cumplimiento de los contratos en los términos pactados por una práctica habitual y frecuente de modificación de los mismos, por más que el interés público prime y justifique el ejercicio de ese denominado *ius variandi*. La prerrogativa administrativa recuerda la diferencia entre la actividad contractual del sector público y la que despliegan los particulares con la superación, en el ámbito de la primera, de los principios clásicos que abogan por la inmutabilidad del contrato, *pacta sunt servanda*, *contractus lex inter partes*, justificando en su ejecución la alteración de lo pactado por exigencias de interés público. Como señala GIMENO³⁷⁷ «la potestad de modificar unilateralmente el objeto de los contratos, conocida como *ius variandi*, constituye sin duda la más importante de las prerrogativas de que gozan las Administraciones públicas en los contratos administrativos y una de las más claras manifestaciones de las especialidades que presentan los contratos que celebran las Administraciones en relación con los contratos civiles, en los que la regla general es la inmutabilidad del contrato». Ello no justifica, no obstante la generalización de una prerrogativa que requiere como presupuesto habilitante la concurrencia del interés público y ha de ejercitarse con respeto a una serie de límites, materiales y formales, que configuran esta facultad como un verdadera excepción de la regla.

La excepcionalidad de la prerrogativa ha sido confirmada sin quiebra por la Jurisprudencia del TS³⁷⁸ que configura la modificación contractual como una facultad reservada para los supuestos legales tasados y cuya interpretación debe recibir un tratamiento marcadamente restrictivo, ya que, de no ser ello así, se infringiría uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico cual es el recogido por el artículo 1256 del Código Civil, relativo a que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes. Como ya se ha dicho, la excepcionalidad de la facultad de modificación de los contratos resulta,

377. GIMENO FELIÚ, J. M^º: «El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n^º 149, p. 52. Sobre esta cuestión pueden verse, entre otros, los siguientes trabajos: HORGUE BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo de obras*, Marcial Pons, Madrid 1997; MARTÍN REBOLLO, L.: «Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)», en libro colectivo *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2^a ed, Civitas, Madrid, 2004.

378. Véanse SSTs de 19 febrero 2008; de 1 de febrero de 2000; de 16 de abril de 1999; 9 de octubre de 1995 y de 30 de abril de 1977. En el mismo sentido se abunda en las conclusiones generales del Abogado General Georges Cosmas en relación con el asunto C-114/94, con fecha 28/03/1996, IDE/Comisión o más recientemente la Comisión/Alemania. C-503/04. 18 de julio de 2007.

no obstante, compatible con el recurso a la misma cuando el interés público lo exija.

También la JCCA en su Informe 50/03, de 12 marzo de 2004, recuerda el carácter restrictivo con el que han de interpretarse las facultades «que ostenta la Administración para la modificación de los contratos, afirmando, incluso, que una vez celebrado el contrato mediante licitación pública, la oferta del adjudicatario en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada por constituir un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación pública». En esa misma línea el Consejo de Estado³⁷⁹, desde antiguo, ha enfatizado el sometimiento a cauces estrictos de un «*ius variandi*» de la Administración que tiene su razón de ser precisamente en la salvaguardia del principio de concurrencia y licitación pública que preside la contratación administrativa. El necesario equilibrio entre el cumplimiento del contrato administrativo en sus términos y la admisibilidad de que la Administración puede variar tales condiciones, en determinadas circunstancias y por razones de interés público, llevan a admitir el citado *ius variandi* de la Administración pero con sometimiento a determinados requisitos para evitar la indebida alteración del referido principio de licitación pública. Es decir, la modificación de los contratos ha de tener carácter excepcional y no convertirse en práctica habitual, pues de lo contrario se encubrirán contrataciones que no observarán los principios de publicidad, libre concurrencia y licitación, inspiradores y vertebradores de la contratación pública».

En el mismo sentido la doctrina del Consejo de Estado³⁸⁰ recuerda que «los principios generales de la contratación administrativa, basados en la concurrencia de licitadores, economía del gasto público y buena ejecución del contrato, exigen que la prerrogativa de modificación del contrato sólo pueda utilizarse en casos excepcionales y con sujeción a los requisitos establecidos en la normativa aplicable».

Lo cierto y verdad es que las modificaciones contractuales no han venido, por excepción, a confirmar la regla general y la práctica de la contratación de nuestras Administraciones Públicas nos demuestra cómo las modificaciones de los contratos se han convertido en habitua-

379. Dictámenes del Consejo de Estado números 79/1993, de 1 de abril de 1993; 1508/1993, de 10 de febrero de 1994; 1629/1991, de 23 de enero de 1992, etc.

380. *Vid.* Dictamen 45176/1983, 19 de mayo de 1983.

les. Como señalan Moreno y Pleite³⁸¹ «estas prácticas presentan serios problemas de compatibilidad no sólo en relación con la normativa de contratación –pueden ser contrarias a la libre competencia–, sino también con las disposiciones presupuestarias y económicas a las que están sujetas las Administraciones Públicas, ya que afectan a los costes de la inversión pública y dificultan el control presupuestario.

b) El ejercicio de la potestad de modificación contractual no puede ser arbitrario, no es una facultad de libre ejercicio³⁸² y requiere una adecuada motivación que, de no existir, impide la alteración del contrato o de sus pliegos de condiciones regidos por el principio *ne varietur*. Este es, sin duda alguna, el elemento clave de la prerrogativa.

Asistimos con mucha más frecuencia de la deseable a modificaciones contractuales injustificadas que superan los límites materiales y formales diseñados por el ordenamiento jurídico español y vulneran, por ello, los principios que sustentan el Derecho de la Unión Europea³⁸³, en particular los de transparencia e igualdad de trato que tantas obligaciones trasladan a los poderes adjudicadores con la finalidad de garantizar la competencia competitiva y la no discriminación y la transparencia y

381. MORENO MOLINA, J. A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *La nueva ley de contratos...*, op. cit., p. 979.

382. Tal y como señala el Dictamen Consejo de Estado nº 41914/1979, 24 de mayo de 1979, «la prerrogativa de modificación con que cuenta la Administración contratante no es una atribución legal que le permita a su libre criterio la novación del contenido del contrato, sino una facultad reglada que sólo puede ejercitarse cuando la aparición de nuevas necesidades materiales, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensable para el mejor servicio del interés público».

383. Estos principios fueron recogidos en el art. 2 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo y a ellos se ha referido con frecuencia el TJUE. Al principio de transparencia se han referido, entre otras, la Sentencia del TJUE de 10 de diciembre de 2009, *Antwerpse Bouwwerken NV v. Comisión Europea*, As. T-195/08; La Sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) de 19 de marzo de 2010, *Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE v. Comisión Europea*, As. T-50/05; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 29 de abril de 2004, *Comisión de las Comunidades Europeas v. CAS Succhi di Frutta SpA*, As. C-496/99 P.

La jurisprudencia sobre el principio de no discriminación se encuentra en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de febrero de 2002, *Esedra SPRL v. Comisión de las Comunidades Europeas*, As. T-169/00; la Sentencia del Tribunal del Tribunal del Justicia (Sala Quinta) de 10 de abril 2003, *Comisión de las Comunidades Europeas v. República Federal de Alemania*, As. acs. C-20/01 y C-28/01; Al principio de igualdad de trato se refieren las Sentencias de 27 de noviembre de 2001, *Lombardini y Mantovani*, asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99, Rec. p. I-9233, apartado 37, y de 19 de junio de 2003, *GAT*, C-315/01, Rec. p. I-6351, apartado 73).

la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación. De ahí que la motivación o fundamentación de las decisiones modificatorias del contrato se conviertan en el principal medio de control de la legalidad y de la oportunidad del ejercicio del *ius variandi* «sin que tal justificación pueda consistir en la afirmación puramente tautológica de que las variaciones obedecen a necesidades nuevas o causas imprevistas a la hora de redactar el proyecto»³⁸⁴.

No podemos obviar en el análisis de esta tendencia la necesidad de recordar que la actividad administrativa, sujeta incondicionalmente al principio de legalidad y al servicio objetivo del interés general, no puede tolerar los muchos riesgos reales de desviación en el ejercicio de sus potestades, entre ellas la de modificación de los términos del contrato, persiguiendo finalidades que poco tienen que ver con exigencias derivadas del interés público. Como señala GIMENO³⁸⁵ con las modificaciones contractuales injustificadas no sólo se daña al erario público por el sobre coste 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 preocupación por la adecuada utilización de esta facultad extraordinaria ha sido manifestada por el Consejo de Estado en numerosas ocasiones. En el Dictamen nº 215/2010, de 18 de marzo, se recordó que «ha sido una preocupación tradicional del Consejo de Estado al informar los expedientes de modificación contractual que ésta pudiera ser empleada para encubrir «prácticas viciosas» susceptibles de «frustrar los principios de publicidad y concurrencia proclamados por la legislación» de contratos públicos (Dictamen del expediente nº 34/2007, de 1 de febrero). La regulación en preparación contribuye a evitar este efecto, toda vez que se restringen las circunstancias que pueden dar lugar a la modificación contractual y el alcance que puede tener si no está prevista en la documentación de la licitación, mientras que, de estar contemplada en ella, la modificación no atenta contra el principio de concurrencia, pues todos los licitadores conocen antes de participar en el procedimiento de adjudicación en qué circunstancias y porcentaje la modificación puede llegar a producirse una vez suscrito el contrato. En este sen-

384. Dictamen del Consejo de Estado 50.688, de 17 de junio de 1987.

385. GIMENO FELIU, J. M.: «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*, nº 147, pp. 526 y 529.

tido, la Comisión Nacional de la Competencia ha manifestado una opinión favorable a los cambios estudiados. Ahora bien, no se le oculta al Consejo de Estado que la técnica de los modificados está muy arraigada en la práctica administrativa, por lo que no se descarta que la nueva regulación genere dificultades en su aplicación hasta que las empresas licitadoras sean capaces de ajustar sus ofertas al régimen que se propugna introducir».

No basta, por tanto con la concurrencia de un interés público claro, patente e indubitable³⁸⁶ en la modificación, es necesario, además, que el órgano de contratación, en el expediente tramitado a tal fin, justifique de modo principal la modificación³⁸⁷.

c) Entre las novedades de la nueva regulación debe destacarse la extensión del ámbito objetivo de aplicación. Así lo reconoce el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, de 18 de marzo de 2010, cuando señala que «la posibilidad de modificar los contratos públicos, una vez celebrados, se aplica a todos los contratos del sector público, al contrario que la regulación actual (LCSP), sólo aplicable a los celebrados por las Administraciones Públicas».

La Comisión Europea había advertido al Reino de España destacando la incompatibilidad del régimen jurídico de la modificación de los contratos establecido en la Ley de Contratos del Sector Público, régimen que infringía los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados del artículo 2 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.

El art. 202 de la ya derogada LCSP, bajo el epígrafe dedicado al «cumplimiento, efectos y extinción de los contratos administrativos», en relación con el 20.2, restringía la aplicación de los preceptos dedicados a la modificación de los contratos a los de naturaleza administrativa y no resultaban aplicables a los contratos del sector público de naturaleza privada.

En la nueva regulación, introducida por la Ley de Economía Sostenible, el Título V del Libro I, se dedica con carácter general a la «modificación de los contratos» sin realizar distingo alguno entre los adminis-

386. Dictamen Consejo de Estado n° 42179/1979, de 17 de mayo de 1979.

387. Dictámenes Consejo de Estado n° 55586/1990, 10 de enero de 1991; 3062/1998, 10 de septiembre de 1998.

trativos o privados. El nuevo régimen jurídico de la modificación contractual resulta, por tanto aplicable, a todos los contratos, administrativos y privados, concertados por las entidades sujetas al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Esta conclusión no ofrece hoy duda alguna y se anticipa en el art. 20.3 que, dedicado a los contratos privados³⁸⁸, establece que serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos.

Debemos destacar no obstante que la unificación sólo es predicable del régimen de la modificación de los contratos, públicos o privados, sin que ello afecte a la naturaleza jurídica de los mismos. Se evita con ello prácticas habituales en la contratación del sector público que persiguen la inaplicación del régimen contenido en la legislación contractual pública y su amparo en el derecho civil³⁸⁹. La consecuencia de esta conclusión, la unificación de regímenes jurídicos no ha supuesto la de fueros y ha de mantenerse una dualidad de jurisdicciones³⁹⁰ para resolver

388. Conviene recordar aquí que la Ley considera que son contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas (art. 20.1 RDLeg 3/2011).

Igualmente, son contratos privados los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, así como cualesquiera otros contratos distintos de los contemplados en el apartado 1 del artículo anterior (contratos administrativos).

Continúa el precepto identificando las fuentes del derecho aplicables a los contratos privados que se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la ley de contratos ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.

En lo que ahora nos interesa, el precepto concluye confirmando la aplicación a estos contratos, los privados, de las normas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos.

389. *Vid.*, en este sentido, los trabajos de BERNAL BLAY, M. A.: «Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos», en obra colectiva *Observatorio de contratos públicos 2010*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011. pp. 174 y ss.; VÁZQUEZ MATILLA: «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible», *Revista Aragonesa de Administración pública*, nº 37, p. 330.

390. El art. 21 del RDLeg 3/2011 reserva al orden jurisdiccional civil la competencia para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados, correspondiendo al contencioso-administrativo la resolución de las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrati-

en vía judicial los conflictos que surjan de las modificaciones operadas en unos u otros contratos, correspondiendo a la jurisdicción especializada, la contencioso-administrativa, el conocimiento de los conflictos relacionados con la contratación administrativa y a la jurisdicción civil la solución de los problemas que generen las modificaciones en la relación contractual privada del sector público.

d) La necesidad de presentar la prerrogativa de modificación de los contratos como una facultad excepcional y limitada, que sólo obedece a razones de interés público y que debe ser debidamente motivada, no despoja a la Administración pública de su *imperium*. La participación de la misma en el ámbito contractual sigue caracterizándose por su especial posición configurada sobre la base de un conjunto de potestades que no surgen del propio contrato, ni de la voluntad de la Administración de imponerlas a la otra parte, sino que tienen su fundamento en la ley administrativa que las concede, sin ser absolutas, con limitaciones que se convierten en garantías para los contratistas que con ella se relacionan.

En la contratación pública, como en la privada, se busca, por tanto, una equivalencia entre prestaciones que impida el enriquecimiento o empobrecimiento sin causa de alguno de los contratantes, pero la necesidad de satisfacer el interés público y de servir con objetividad al interés general, con pleno sometimiento a la ley y al derecho, justifica la desigualdad inter partes y la posibilidad, por ello, de que la posición de la Administración pública o entidad contratante esté singularizada por la atribución de un conjunto de prerrogativas que legitiman, entre otras potestades, la de modificar los términos originarios de la relación contractual.

El origen legal de las prerrogativas nos lleva a plantear su indisponibilidad para la Administración contratante, que gozará de las mismas aunque no hayan sido expresamente pactadas. Su nacimiento *ope legis* supone su integración forzosa en la relación contractual más allá de las previsiones que integren su contenido. Y ello es así no sólo por el carácter irrenunciable de cualquier potestad administrativa básica sino, además, porque en el ámbito de la contratación administrativa los arts. 25³⁹¹

vos y, entre otras competencias, el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada.

391. El precepto ampara la Libertad de pactos y establece que «En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración».

y 209³⁹² del RDLeg 3/2011 (25 y 193 LCSP) impiden que la voluntad administrativa altere, a su conveniencia, la esencia de sus prerrogativas.

e) La indisponibilidad de las prerrogativas que singularizan³⁹³ el régimen de la contratación pública encuentra su complemento en la obligatoriedad para los contratistas de las modificaciones acordadas durante la ejecución del contrato. La tradicional facultad de resolución³⁹⁴ que la legislación contractual les reconocía en los casos en que las modificaciones del contrato implicasen, asilada 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 IVA, ha desaparecido en el ámbito de los contratos de naturaleza administrativa *ope* Ley de Economía Sostenible y, obviamente, no se contempla tampoco en el RDLeg 3/2011.

d) Terminamos nuestras consideraciones generales con un recordatorio que resultan tan obvio como necesario, el régimen jurídico general de las modificaciones contractuales contenido en el Título V, del Libro I (arts. 105 a 108, ambos inclusive) y en los arts. 210, 211 y 219 del RDLeg 3/2011, se completa, para los contratos de naturaleza administrativa, con los numerosos preceptos que dedica el cuerpo legal mencionado a la regulación singular de las modificaciones en cada una de las figuras contractuales, a saber: con los arts. 234 para el contrato de obras; 243 que regula la modificación del proyecto de la obra en contratos de concesión de obras públicas; 249 y 250 para la modificación de la obra en contratos de concesión de obras públicas; 282 que regula la modificación en los contratos de gestión de servicios públicos; 296 para el contrato de suministro) y 306 para regir las modificaciones en el contratos de servicios. Han de tenerse, por último, las previsiones reglamentarias contenidas en el Real Decreto 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), que diferencia la modificación de otras figuras afines en el artículo 101, regula el procedimiento a emplear en los artículos 97 y 102, y establece diversas prescripciones sobre modificaciones contractuales en los artículos 158 a 162.

392. Los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas.

393. Como destaca BLANQUER es la titularidad de esas potestades exorbitantes de carácter unilateral «el rasgo diferencial de los contratos administrativos». BLANQUER CRIADO, D., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Guía práctica*, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 71 y ss.

394. Recogida expresamente en la LCSP en varios de sus preceptos: arts. 220.e, 275.c y 284.c.

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL DE LA PRERROGATIVA DE MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

Como ya se ha dicho la regulación originaria de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector público, reconocía la prerrogativa de modificar los contratos, con carácter general, en el art. 202 dedicado al cumplimiento, efectos y extinción de los contratos administrativos. En el precepto se exigía la concurrencia de razones de interés público que demandasen las modificaciones contractuales y la no alteración de las condiciones esenciales del contrato a través de ellas.

La regulación mencionada fue claramente censurada por las Instituciones de la Unión Europea³⁹⁵ que, en los últimos tiempos y en sintonía con las advertencias realizadas por los expertos españoles³⁹⁶, habían puesto en entredicho el régimen jurídico español en lo que a «modificación de los contratos» se refiere.

La circular 1/2011 de la Abogacía General del Estado³⁹⁷ se sumó a las opiniones³⁹⁸ que ponían de manifiesto la necesidad de reformar el régimen jurídico de las modificaciones contractuales que nuestro ordenamiento jurídico vigente entonces amparaba con clara vulneración de los principios básicos de la contratación pública, concurrencia e igualdad de trato, y dando cobertura a alteraciones frecuentes de los términos

395. La Comisión Europea emitió Dictamen motivado de fecha 6 de diciembre de 2008 advirtiendo al Reino de España de la incompatibilidad existente entre el régimen legal introducido por numerosos preceptos de la legislación contractual española y las Directivas europeas en materia de contratación.

396. La Comisión que realizó el informe sobre la situación de la contratación pública en España y que se considera la base de los trabajos preparatorios de la Ley 30/2007 se anticipó a las exigencias de la Comisión Europea y el informe mencionado señaló que «mediante estas modificaciones puede buscarse el objetivo de reequilibrar o rentabilizar un contrato para el que, inicialmente, se había pujado excesivamente a la baja». Con ello «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».

397. Señala la circular que «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».

398. Véanse los interesantes estudios que al respecto se llevan a cabo en GIMENO FELIU, J. M.: «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*, nº 147, pp. 526 y 529.

del contrato que no eran contestadas por los contratistas porque se habían convertido en el instrumento útil para compensar adjudicaciones a la baja esperando el beneficio económico que reportarán las modificaciones posteriores.

A esa necesidad de introducir elementos que contribuyesen a limitar la omnipotente facultad de modificación de los contratos, haciendo compatible nuestro régimen jurídico interno con los principios impuestos por las Directivas de los contratos públicos, se sumó la necesidad de introducir seguridad jurídica en un acervo normativo que en los últimos años había sufrido numerosas e importantes modificaciones.

Como declara la propia norma, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, pretende como objetivo prioritario integrar en un texto único todas las modificaciones introducidas a la Ley 30/2007³⁹⁹, de 30 de octubre, a través de diversas Leyes que han afectado a la misma, ya sea dando una nueva redacción a determinados preceptos o introduciendo nuevas disposiciones. Por tanto el nuevo texto legal, en lo que a «la modificación de los contratos del sector público» se refiere, no ha introducido novedad alguna en el texto anterior, ahora refundido, que debe su letra a la Disposición Final Decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de febrero, de Economía sostenible. Esta disposición, como ya se sabe, introdujo un nuevo Título V en el Libro I, arts.

399. La convulsión legislativa de los últimos tiempos ha provocado numerosas reformas parciales que requerían de una ordenación normativa en la materia. Esas normas que afectaron a la 30/2007 han sido las siguientes: el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo; el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público; la Ley 14/2010, de 5 de julio, de infraestructuras y los servicios de información geográfica en España; 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; 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; la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el 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; la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y la Seguridad, y la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

92 bis, 92 ter, 92 quater y 92 quinquies, dedicados a la «Modificación de los contratos».

Ese nuevo Título V, ahora integrado por los arts. 105, 106, 107 y 108 del nuevo texto refundido, ha asumido la literalidad de los preceptos redactados por la Ley de Economía Sostenible y demandados por las Instituciones de la Unión Europea⁴⁰⁰ que, en los últimos tiempos y en sintonía con las advertencias realizadas por los expertos españoles⁴⁰¹, habían puesto en entredicho el régimen jurídico español en lo que a la «modificación de los contratos» se refiere.

Bajo el epígrafe «Modificación de los contratos» los artículos mencionados contemplan varias posibilidades que conviene sistematizar y distinguir estableciendo una tipología de las modificaciones contractuales que podríamos clasificar de la siguiente manera:

a) modificaciones previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación, a las que se refiere el art. 106 del RDLeg 3/2011,

b) modificaciones que, no previstas en la documentación contractual, se llevan a cabo en los supuestos y con las limitaciones establecidas en el art. 107 del RDLeg 3/2011,

c) Otras modificaciones a las que no resulta aplicable el Título V, del libro I, porque tienen una regulación específica y porque no constituyen, en realidad, una modificación material u objetiva de los contratos afectados. Nos referimos a la sucesión en la persona del contratista, la cesión del contrato, la revisión de precios y la prórroga del plazo de ejecución, expresamente excluidas de la aplicación de ese régimen del Título V en los primeros compases del artículo 105. En este grupo debemos encuadrar también la modificación del contrato de obras que, sin necesidad de previa aprobación, tolera art. 234.3 cuando las variaciones consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no

400. Como ya se ha dicho la Comisión Europea emitió Dictamen de fecha 6 de diciembre de 2008 advirtiendo al Reino de España de la incompatibilidad entre las normas españolas y las Directivas europeas en materia de contratación.

401. La Comisión que realizó el informe sobre la situación de la contratación pública en España y que se considera la base de los trabajos preparatorios de la Ley 30/2007 se anticipó a las exigencias de la Comisión Europea y el informe mencionado señaló que «mediante estas modificaciones puede buscarse el objetivo de reequilibrar o rentabilizar un contrato para el que, inicialmente, se había pujado excesivamente a la baja». Con ello «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».

representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio primitivo del contrato.

En cualesquiera otros supuestos, concluye el 105.1 RDLeg 3/2011, 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 contrato distinto que deberá adjudicarse, bajo las condiciones pertinentes, de conformidad con lo previsto en el Libro III del RDLeg 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

El art. 105 termina con una cláusula residual que, con una formulación negativa, ayuda a delimitar los contornos de la prerrogativa impidiendo que, mediante ella, se pretenda 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 todos 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 171.b)⁴⁰² y 174.b)⁴⁰³.

402. Establece la posibilidad de adjudicar los contratos de obras por procedimiento negociado cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto ni en el contrato, o en el proyecto de concesión y su contrato inicial, pero que debido a una circunstancia que no pudiera haberse previsto por un poder adjudicador diligente pasen a ser necesarias para ejecutar la obra tal y como estaba descrita en el proyecto o en el contrato sin modificarla, y cuya ejecución se confíe al contratista de la obra principal o al concesionario de la obra pública de acuerdo con los precios que rijan para el contrato primitivo o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, siempre que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes al órgano de contratación o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento, y que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 50 por ciento del importe primitivo del contrato.

403. Establece la posibilidad de adjudicar los contratos de servicios por procedimiento negociado cuando se trate de servicios complementarios que no figuren en el proyecto ni en el contrato pero que debido a una circunstancia que no pudiera haberse previsto por un poder adjudicador diligente pasen a ser necesarios para ejecutar el servicio tal y como estaba descrito en el proyecto o en el contrato sin modificarlo, y cuya ejecución se confíe al empresario al que se adjudicó el contrato principal de acuerdo con los precios que rijan para éste o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, siempre que los servicios no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes al órgano de contratación o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento y que el importe acumulado de los servicios complementarios no supere el 50 por ciento del importe primitivo del contrato.

1. MODIFICACIONES PREVISTAS EN LA DOCUMENTACIÓN QUE RIGE LA LICITACIÓN

Se trata de modificaciones cuya posibilidad se ha advertido expresamente en los pliegos o en el anuncio de licitación y no pueden resultar, por tanto, sorpresivas o sobrevenidas para quienes resultaron adjudicatarios del contrato ni tampoco para quienes participaron, o no, en la licitación a sabiendas de que el contrato era susceptible de modificación durante su ejecución.

La previsibilidad de la modificación no ha llevado a la ley a descuidar la exigencia de un conjunto de garantías que vuelven a poner de manifiesto la excepcionalidad, y debida motivación, de la prerrogativa pública, entre ellas:

- La obligación de definir, con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva, los supuestos en que podrá modificarse el contrato y la obligación de precisar, 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, las condiciones de la eventual modificación.
- La necesidad de detallar, de forma clara, precisa e inequívoca dice la ley, las condiciones en que podrá hacerse uso de la facultad de modificar el contrato.
- También se han de explicitar, una vez más de forma clara, precisa e inequívoca, el alcance y 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 ausencia de un límite cuantitativo al porcentaje del precio del contrato al que como máximo pueden afectar las modificaciones ha sido la previsión que más opiniones doctrinales en contra ha suscitado. La amplitud de la facultad puede falsear las condiciones de la licitación y su carácter ilimitado impide el cálculo del valor estimado del contrato con una incidencia directa en diversos aspectos claves de la contratación (procedimiento de adjudicación, publicidad del anuncio de licitación o sistema de recursos).

No cabe duda de que en la regulación que comentamos traslucen las exigencias derivadas de los principios de transparencia, no discrimi-

nación e igualdad de trato en al ámbito de la contratación administrativa. Así se deduce de la jurisprudencia europea que de manera reiterada ha señalado que «(...) el principio de transparencia tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (Sentencia Comisión/CAS *Succhi di Frutta*, citada en el apartado 55 *supra*, apartado 111).

El principio de transparencia implica que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de forma que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata (Sentencia de 12 de marzo de 2008, *Evropaiki Dynamiki/Comisión*, citada en el apartado 52 *supra*, apartado 145).

Según el Tribunal declaró en la sentencia de 12 de marzo de 2008, *Evropaiki Dynamiki/Comisión*, citada en el apartado 52 *supra* (apartado 147), tal vulneración de la igualdad de oportunidades y del principio de transparencia, suponiendo que se demostrara, constituiría una irregularidad del procedimiento administrativo previo que vulneraría el derecho de información de una de las partes afectadas. Tal irregularidad del procedimiento sólo podría acarrear la anulación de la Decisión controvertida si se demostrara que, de no haberse producido, el procedimiento administrativo hubiera podido desembocar en un resultado diferente, en el supuesto de que la demandante hubiera tenido acceso a la información en cuestión desde el principio del procedimiento, y si existiera, a este respecto, una posibilidad –aun reducida– de que la demandante hubiera podido conseguir que el procedimiento administrativo desembocara en un resultado diferente (vid. la sentencia de 12 de marzo de 2008, *Evropaiki Dynamiki/Comisión*, citada en el apartado 52 *supra*, apartado 147, y la jurisprudencia citada)»⁴⁰⁴.

«Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica que todas

404. Sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) de 19 de marzo de 2010, *Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE v. Comisión Europea*, As. T-50/05, indica –apartados 58, 59 y 61.

las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata»⁴⁰⁵.

2. MODIFICACIONES NO PREVISTAS EN LA DOCUMENTACIÓN QUE RIGE LA LICITACIÓN

La presión ejercida por la Unión Europea y los operadores jurídicos españoles ha generado un efecto reacción en la actividad del legislador y la Ley de Economía Sostenible apostó por la introducción de supuestos tasados en los que, sin necesidad de previsión alguna en la documentación contractual, era posible recurrir a la modificación de los términos del contrato. A eses efecto, y con la técnica de *numerus clausus* o de lista cerrada, el artículo 107 del RDLeg 3/2011 relaciona una serie de circunstancias que, debidamente justificadas, pueden amparar una modificación del contrato. Esas circunstancias, citamos literalmente, la ley son las siguientes:

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.

405. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 29 de abril de 2004, *Comisión de las Comunidades Europeas v. CAS Succhi di Frutta SpA*, As. C-496/99 P, estableció –apartados 93, 94 y 106– [tiene por objeto un recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Segunda) de 14 de octubre de 1999, *CAS Succhi di Frutta/Comisión* (asuntos acumulados T-191/96 y T-106/97, Rec. p. II-3181)] –apartado 111–.

En la apreciación de esta circunstancia, cuya concurrencia puede justificar una modificación del contrato no prevista en la documentación que rige la licitación, deben tenerse en cuenta la doctrina contenida en la Circular 01/2011 de la Abogacía del Estado, según la cual... *«hay que entender que el concepto de fuerza mayor a que se refiere el precepto transcrito no es el que establece descriptivamente el artículo 214 de la LCSP, (231 TRLCSP) ya que este precepto se refiere en concreto al contrato de obras (y a la fase de ejecución de las obras en el contrato de concesión de obra pública), siendo así que la regla del artículo 92 quáter, apartado 1 c), de la LCSP (107 TRLCSP) es aplicable a todos los contratos que regula este texto legal. Es por ello por lo que el concepto de fuerza mayor que ha de tenerse en cuenta a los efectos del precepto legal últimamente citado no es el del artículo 214,(231 TRLCSP) sino el que resulta del artículo 1105 del Código Civil».*

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.

Resulta claro que el recurso habitual a las modificaciones llevadas a cabo durante la ejecución del contrato se había convertido, en el mejor de los casos, en un mecanismo de compensación de adjudicaciones a la baja que confiaban en un reajuste posterior de las prestaciones a través de la modificación de sus términos y al margen de la concurrencia competitiva y de la igualdad de trato que impone un procedimiento ordinario de licitación. En otras ocasiones el instrumento de la modificación se ha convertido en la mejor expresión del gasto público innecesario y poco transparente que ha servido para dar rienda suelta a todo tipo de maniobras financieras, en muchas ocasiones incompatibles con el interés público y diseñadas en beneficio de intereses particulares, alguno de ellos inconfesables. Es por eso, y más allá incluso de la necesidad de velar por los principios básicos de la contratación pública, por lo que valoramos positivamente las restricciones de la ley y el recurso a esa lista tasada que cuenta, además, con un mecanismo de cierre que limita, más allá de la mera concurrencia del supuesto típico, el posible ejercicio de la facultad de modificación.

Lo que nosotros valoramos como positivo ha sido censurado con

claridad por especialistas⁴⁰⁶ en la materia que, sin dejar de reconocer las bondades del precepto, consideran que es un exceso del legislador por defecto o un exceso de frenada.

Como acabamos de señalar la seguridad jurídica del precepto no se agota en el recurso a la lista cerrada de supuestos que justifican la modificación contractual. El apartado segundo de ese art. 107 señala que la modificación del contrato, acordada en alguno de los supuestos enumerados en el 107.1, no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

Resulta complicado objetivar con carácter general lo que ha de entenderse por condiciones esenciales de la licitación y adjudicación. Se trata de un concepto jurídico indeterminado que requiere un análisis casuístico de los términos del contrato y que puede tener uno u otro alcance en función del tipo contractual de que se trate, así se deduce del informe 43/2008 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, cuando señala que «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».

Con ese ánimo de objetivar el ejercicio de la prerrogativa contrac-

406. Vid. la opinión de BERNAL BLAY, M. A., en «Reflexiones...», *op. cit.*, p. 186. A su 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». En el mismo sentido opina VÁZQUEZ MATILLA: «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible», *Revista Aragonesa de Administración pública*, n.º 37, p. 330.

tual, el apartado 3 del artículo 107 confecciona una nueva lista que debe orientar la tarea de identificar las denominadas alteraciones de las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación del contrato. A nuestro juicio, las previsiones de ese apartado han de tenerse en cuenta como límites mínimos y absolutos al ejercicio de la facultad de modificación. Digo mínimos porque la ley no utiliza términos imperativos que impidan la posible consideración de supuestos distintos y porque esta interpretación es más compatible con el carácter variable que la Junta Consultiva y la Jurisprudencia atribuyen a las condiciones esenciales. La cláusula residual que utiliza el artículo 107.3, letra e), abona esta interpretación y considera que se produce una alteración de las condiciones esenciales «en cualesquiera otros casos 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».

Constituyen, además, un límite absoluto porque, en los casos enumerados, no cabe una interpretación conforme que permite concluir que dichas alteraciones no tienen el carácter de esenciales y están, por ello, permitidas.

Enumeramos sin más demora los supuestos legales en los que ha de entenderse que se alteran las condiciones esenciales de licitación:

a) Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.

b) 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.

Esta limitación no impide la alteración del precio del contrato y, por tanto, su incremento. Lo que impide, con ocasión de la modificación, es el incremento del beneficio del contratista e incorpora la jurisprudencia del TJCE asentada en la Sentencia en el asunto C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, de 19 de junio de 2008, apartado 37, a la que después me referiré, y en la que señaló que «una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor de adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial».

c) Cuando 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.

En la ya mencionada Circular 01/2011, la Abogacía del Estado ayuda a clarificar el alcance de esta alteración de las condiciones esencial de la licitación y señala que estaremos ante unas «*condiciones de solvencia sustancialmente distintas cuando el proyecto modificado exija una clasificación antes no requerida, o la exigencia de clasificación en un grupo y subgrupo distinto del inicialmente requerido, así como la exigencia, por consecuencia de la modificación, de una categoría superior que no sea la inmediata a la inicialmente exigida, en tanto no se dará esa modificación sustancial cuando la nueva categoría exigible es la inmediatamente superior*».

d) Cuando las modificaciones del contrato iguallen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.

La preocupación por garantizar que las modificaciones contractuales no alteren las condiciones esenciales de la licitación es una constante en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El TJUE (Sala Sexta), en la Sentencia⁴⁰⁷ del de 29 de abril de 2004, *Comisión de las Comunidades Europeas v. CAS Succhi di Frutta SpA*, As. C-496/99 P, –apartados 116 y 117–, estableció «*si bien una oferta que no sea conforme a las condiciones estipuladas debe ser evidentemente descartada, la entidad adjudicadora tampoco está autorizada a alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente más tarde una de sus condiciones esenciales y, en particular, una estipulación que, si hubiese figurado en el anuncio de licitación, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente*».

117 De ello resulta que, en una situación como la del caso de autos, la entidad adjudicadora no podía, tras la adjudicación del contrato y además mediante una decisión cuyo contenido deroga las estipulaciones de los reglamentos adoptados con anterioridad, modificar una condición importante de la licitación como es la relativa a las modalidades de pago de los productos que han de suministrarse».

En el mismo sentido la Sentencia de 19 de junio de 2008, *Nachrichtengentur GmbH v. Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, As. C-454/06, estableció –apartados 34 a 37–:

407. La Sentencia tiene por objeto un recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Segunda) de 14 de octubre de 1999, *CAS Succhi di Frutta/Comisión* (asuntos acumulados T-191/96 y T-106/97, Rec. p. II-3181).

«34. Con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 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 (vid., en este sentido, la sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C 337/98, Rec. p. I 8377, apartados 44 y 46).

35. La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada.

36. Asimismo, la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos. Esta última interpretación queda confirmada en el artículo 11, apartado 3, letras e) y f), de la Directiva 92/50, que impone, para los contratos públicos de servicios que tengan por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios que figuran en el anexo I A de esta Directiva, restricciones en cuanto a la medida en que las entidades adjudicadoras pueden recurrir al procedimiento negociado para adjudicar servicios complementarios que no figuren en un contrato inicial.

37. Una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial».

Por último, en una reciente Sentencia el Tribunal valora la posibilidad de llevar a cabo modificaciones sustanciales en un contrato de concesión de servicios y su compatibilidad con las obligaciones de transparencia e igualdad de trato. Señala el Tribunal:

«37. Al objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de trato de los licitadores, las modificaciones sustanciales, introducidas en las disposiciones esenciales de un contrato de concesión de servicios, podrían exigir, en determinados supuestos, la adjudicación de un nuevo contrato de concesión cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato de concesión inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato.

38. La modificación de un contrato de concesión de servicios en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la parti-

cipación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada (vid., por analogía, la sentencia pressetext Nachrichtenagentur).

39. Un cambio de subcontratista, incluso cuando la posibilidad de hacerlo se contempla en el contrato, puede, en casos excepcionales, constituir tal modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de concesión cuando, habida cuenta de las características propias de la prestación de que se trate, el hecho de recurrir a un subcontratista en lugar de a otro haya sido un elemento determinante de la celebración del contrato, lo que, en todo caso, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar.

40. El tribunal remitente observa que, en el proyecto adjunto a la oferta que FES presentó al municipio de Fráncfort, aquélla había indicado que utilizaría los «City-WC» de Wall. Según dicho órgano jurisdiccional, es probable que, en tal caso, se atribuyera a FES la concesión debido a la identidad del subcontratante que ésta había presentado.

41. Corresponde al órgano judicial nacional determinar si se dan las situaciones descritas en los apartados 37 a 39 de la presente sentencia.

42. En el supuesto de que, a la luz de dicha apreciación, el órgano jurisdiccional remitente infiriera que se da una modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de concesión, deberían adoptarse, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro interesado, todas las medidas necesarias para que el procedimiento volviera a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pudiera tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que ésta fuera adjudicada.

43. Por consiguiente, debe responderse a la tercera cuestión que, cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión inicial y, en consecuencia, demuestran la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate, todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el

territorio de otro Estado miembro pueda tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que ésta sea adjudicada».

3. EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO PARA EL EJERCICIO DE LA PRERROGATIVA DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

Para llevar a cabo el ejercicio de las prerrogativas, entre ellas la de modificación, que corresponden a la Administración Pública en los contratos ha de seguirse el procedimiento regulado en los artículos 211 (para los administrativos), y 108 (para los administrativos y privados) del RDLeg 3/2011, a ellos se remite el art. 219.1 del mismo texto legal (antiguo art. 202.1 LCSP) cuando señala que «los contratos administrativos sólo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en el título V del libro I y de acuerdo con el procedimiento regulado en el art. 211. Hemos de tener en cuenta, además, las previsiones del Real Decreto 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), que regula el procedimiento a emplear en los artículos 97 y 102. No podemos olvidar, para completar la tarea de determinación de las fuentes rituarías aplicables, que, tal y como establece la Disposición Final 3ª TRLCSP (D.F. 8ª LCSP), la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), y sus normas complementarias serán de aplicación subsidiaria a la normativa contenida en la Ley sobre esta cuestión. Ello en la medida en que esa aplicación no genere resultados que puedan ser contrarios a los principios generales que rigen la contratación administrativa, tal y como ha señalado la doctrina del Consejo de Estado⁴⁰⁸.

Antes de analizar con detalle el *iter* procedimental debemos destacar la clara preocupación del legislador por garantizar el principio de audiencia como elemento estructural básico a la hora de articular el ejercicio del *ius variandi*. En todo procedimiento, ya sea para llevar a cabo modificaciones contractuales previstas o no en la documentación del expediente contractual, referidas a contratos administrativos o privados, ha de garantizarse la audiencia del contratista como elemento imprescindible para el adecuado ejercicio de la potestad.

Nuestro ordenamiento jurídico establece, como régimen general, un procedimiento de modificación de los contratos que se articula sobre dos variables, la posibilidad de que las modificaciones hayan sido pre-

408. *Vid.* el Dictamen del Consejo de Estado nº 477/2001.

vistas o no en la documentación que rige la licitación. La tramitación procedimental sería la siguiente:

3.1. Procedimiento general aplicable a la modificación de los contratos administrativos (arts. 211, 108 y 219 TRLCSP; 97 y 102 RD 1098/2001)

Como prescribe el art. 219 TRLCSP «los contratos administrativos sólo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en el título V del libro I, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 211». Los trámites de ese procedimiento general son los siguientes:

– **Propuesta del servicio administrativo competente** en la que se motive y fundamente la concurrencia de las circunstancias legales o pactadas que justifiquen la modificación. En la propuesta motivada habrá de valorarse la cuantía de la modificación a efectos de la determinación del alcance, sustancial o no, de la modificación y del restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Cuestión fundamental aquí es la de determinar si la iniciativa para promover la modificación está reservada exclusivamente a la Administración pública o, si dicha iniciativa, corresponde también al contratista. No menos problemático es determinar si pueden personarse en ese expediente de modificación contractual terceros no contratistas. La aplicación subsidiaria de la Ley 30/92 nos lleva a una conclusión compatible con ambas posibilidades, que promueva la modificación el contratista y que participen en el procedimiento terceros que acrediten un interés legítimo para ello.

– **Redacción de la modificación** del proyecto y aprobación técnica de la misma.

– **Audiencia del contratista**, por plazo mínimo de tres días. Especial relevancia cobra la contradicción en el ejercicio del *ius variandi*, singularmente en la nueva legislación contractual. Hemos de recordar aquí que la Jurisprudencia del TS⁴⁰⁹ había relativizado la exigencia del trámite de audiencia del contratista «*de manera que únicamente cuando genere indefensión en el interesado podrá servir para producir efectos invalidantes*».

La tramitación del expediente contradictorio no determina la paralización del contrato, salvo que así lo exija el interés público o la naturaleza de las incidencias así lo requiera.

409. Vid. la STS nº 3048/2002.

– **Informe del servicio jurídico correspondiente** cuando la Administración contratante sea el Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales.

La legislación de contratos no determina el carácter del informe. Una vez más la aplicación subsidiaria de las previsiones de la ley 30/92 nos lleva a concluir afirmando que el informe es preceptivo pero no vinculante, tal y como establece la legislación básica en el art. 83.1.

En el resto de administraciones habrá que estar a su normativa reguladora para conocer si está previsto o no este informe preceptivo en el procedimiento de modificación contractual.

– **Informe del Consejo de Estado u órgano consultivo** equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando la cuantía de las modificaciones, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10% del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros.

De la regla contenida en los arts. 211.3.b) y 107.2 y 3.d) se deduce que este informe del órgano consultivo correspondiente sólo es exigible para el procedimiento en el que se llevan a cabo las modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación, porque los modificados no previstos no pueden superar ese porcentaje, de conformidad con lo establecido en ese art. 107.2 y 3.d) del TRLCSP. En este último supuesto estaríamos ante una alteración de las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación del contrato proscrita por el art. 107⁴¹⁰ del TRLCSP y que, por tanto, no cabe su promoción por vía de modificación no prevista del contrato.

Nuevamente la ausencia de previsión legal específica nos lleva a considerar que este informe tampoco es vinculante para el órgano de contratación, ex art. 83.1 de la Ley 30/92.

– **Acuerdo motivado del órgano de contratación aprobando la modificación del contrato.** Concluye el expediente con este acuerdo, obliga-

410. Establece el precepto en su número 2 que *«La modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.»*

El número 3 dispone que *«A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos:*

.... d) Cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.»

torio para los contratistas, que, tal y como prescribe el art. 211. 4, pone fin a la vía administrativa y es inmediatamente ejecutivos (arts. 219.1 y 211.4 RDLeg 3/2011; antiguos 202.1, in fine, y 195.4 LCSP), sin perjuicio de las impugnaciones que resulten procedentes conforme a derecho.

– **La formalización de la modificación.** El art. 102. e) del Real Decreto 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, exige la formalización en documento administrativo» de la modificación llevada a cabo sobre el contrato originario, pudiendo solicitar el contratista, a su cargo, la elevación de la modificación a escritura pública (art. 156 TRLCSP).

3.2. Algunas singularidades del procedimiento de modificación

La ley introduce algunas singularidades en el procedimiento general expuesto, así:

– Cuando se trate de modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación se llevarán a cabo siguiendo el procedimiento establecido para ello (arts. 106 y 108.1⁴¹¹ del TRLCSP) en el anuncio o en los pliegos, ello sin perjuicio de los trámites generales contenidos en el art. 211 (procedimiento general ya expuesto) para la modificaciones que afecten a los contratos administrativos (art. 108.3 TRLCSP).

– Cuando se trate de una modificación no prevista en la documentación que rige la licitación, provocada por la 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», la ley impone (art. 108.2 TRLCSP) un trámite de audiencia, también por plazo no inferior a tres días, al redactor de ese proyecto o de esas especificaciones técnicas, si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios.

Las vulneraciones que puedan producirse en el ejercicio de esa potestad de modificación de los contratos porque se introducen alteraciones sin respetar las exigencias procedimentales que hemos expuesto, ya sea porque se acuerdan por órgano incompetente, o porque se introducen de plano sin tramitar el oportuno expediente ni, por ende, se formalizan por escrito, acarrearán como consecuencia la nulidad del procedi-

411. Señala el precepto que «en el caso previsto en el artículo 106 las modificaciones contractuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en el anuncio o en los pliegos».

miento⁴¹² y la retroacción de las actuaciones al momento en que se produjo la vulneración. No obstante, conforme a jurisprudencia⁴¹³ consolidada, las actuaciones llevadas a cabo por el contratista que de buena fe ejecuta el exceso respecto a la prestación inicialmente pactada, debe ser indemnizado por la Administración en base a la doctrina del enriquecimiento injusto.

4. LAS ESPECIALIDADES PREVISTAS PARA LOS MODIFICADOS EN CADA UNA DE LAS FIGURAS CONTRACTUALES

Como ya se expuso el TRLCSP dedica numerosos preceptos a la regulación singular de las modificaciones llevadas a cabo en cada uno de los tipos contractuales, concretamente los arts. 234, para el contrato de obras, 243, que regula la modificación del proyecto de la obra en contratos de concesión de obras públicas, 249 y 250 para la modificación de la obra en contratos de concesión de obras públicas, 282 que regula la modificación en los contratos de gestión de servicios públicos, 296 para el contrato de suministro y 306 para regir las modificaciones en el contratos de servicios.

4.1. Las modificaciones en el contrato de obras

En el marco del procedimiento general que hemos examinado el

412. La JCCA en su Dictamen 57/2.000, de 5 de marzo de 2001 ha señalado que «prescindir del procedimiento establecido en la Ley, supone la nulidad de pleno derecho. La regulación de la invalidez de los contratos aparece incorporada al Capítulo IV del Título III del Libro I (arts. 61 a 69) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, de cuyos preceptos [art. 62.a) y 65.2, el primero en relación con el 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se deduce con toda evidencia que las modificaciones de un contrato acordadas prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido son nulas de pleno derecho y como tal no convalidables de conformidad con el art. 67 de la propia Ley 30/1992, de 26 de noviembre».

«La omisión del dictamen del Consejo de Estado determina la invalidez de las actuaciones practicadas y su reposición al momento en que aquélla se produjo». SSTS 7 de diciembre de 1978; 6 de junio de 1979.

413. Así se ha reconocido en numerosas sentencias con base en la [TS 8 de junio de 1977; 12 de febrero de 1979; 11 de octubre de 1979; 11 de marzo de 1980; 13 de abril de 1981; 21 de noviembre de 1981; 20 de diciembre de 1983; 27 de febrero de 1984; 13 de marzo de 1984; 20 de marzo de 1985; 11 de junio de 1985; 14 de noviembre de 1985; 31 de diciembre de 1985; 16 de mayo de 1986; 23 de diciembre de 1986; 23 de enero de 1987; 20 de octubre de 1987; 9 de julio de 1988; 25 de febrero de 1991; 6 de marzo de 1991; 29 de mayo de 1991; 29 de enero de 1993; 28 de mayo de 1996; 11 de julio de 1997; 8 de abril de 1998; 15 de junio de 1999; 10 de julio de 2002; 2 de julio de 2004; 24 de mayo de 2004; 28 de marzo de 2005].

art. 234 establece previsiones específicas para llevar cabo modificaciones en el contrato de obras.

Cuando el Director facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente, que se sustanciará con carácter de urgencia con las siguientes actuaciones:

a) Redacción de la modificación del proyecto y aprobación técnica de la misma.

b) Audiencia del contratista y del redactor del proyecto, por plazo mínimo de tres días.

c) Aprobación del expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos.

El precepto establece la posibilidad de introducir 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.

Si la tramitación de la modificación exige la suspensión temporal, parcial o total, de la obra y ello puede ocasionar graves perjuicios para el interés público, el Ministro, si se trata de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, podrá acordar, y con ello se aprueba el gasto necesario, que continúen provisionalmente las obras tal y como esté previsto en la propuesta técnica que elabore la dirección facultativa, siempre que el importe máximo previsto no supere el 10% del precio primitivo del contrato y exista crédito adecuado y suficiente para su financiación. En este supuesto el expediente a tramitar exigirá exclusivamente la incorporación de las siguientes actuaciones:

a) Propuesta técnica motivada efectuada por el director facultativo de la obra, donde figurará el importe aproximado de la modificación así como la descripción básica de las obras a realizar.

b) Audiencia del contratista.

c) Conformidad del órgano de contratación.

d) Certificado de existencia de crédito.

En el plazo de seis meses deberá estar aprobado técnicamente el proyecto, y en el de ocho meses el expediente del modificado, entretanto

se ejecutarán preferentemente, aquellas partes de las unidades de obra previstas que no hayan de quedar posterior y definitivamente ocultas.

Cuando las modificaciones supongan reducción o supresión de unidades de obra el contratista no tendrá derecho a indemnización por estas modificaciones, si, por el contrario, la modificación consiste en la introducción de unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, la Administración, previa audiencia del contratista por plazo mínimo de tres días hábiles, fijará sus precios que, de no ser aceptados por el contratista, permitirán al órgano de contratación pactar con otro empresario su ejecución o bien podrá acometerlas directamente.

4.2. Modificación del proyecto y de la obra en el contrato de concesión de obra pública

Los arts. 243, 249.1.b) y 250 regulan las modificaciones en el proyecto y en la obra objeto de concesión justificando las mismas en razones de interés público y de acuerdo con lo establecido en el Título V del Libro I.

Las modificaciones acordadas exigirán los oportunos ajustes que garanticen el equilibrio económico de la concesión y sus efectos deberán recogerse, en todo caso, en el plan económico-financiero de la concesión.

En sintonía con el régimen general⁴¹⁴ de la modificación de los contratos, el art. 250 establece que «las modificaciones que, por sus características físicas y económicas, permitan su explotación independiente serán objeto de nueva licitación para su construcción y explotación».

4.3. La modificación del contrato de gestión de servicios públicos

La Administración podrá, por razones de interés público, modificar las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios si concurren las circunstancias previstas en el título V del libro I.

414. Conviene recordar aquí que el artículo 105, referido a los supuestos en los que es posible la modificación en términos generales, señala que «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 171.b) y 174.b)».

Si se afecta al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio⁴¹⁵ de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato. Si, por el contrario, los acuerdos de modificación carecen de trascendencia económica el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos.

4.4. La modificación del contrato de suministro

La modificación del contrato de suministro se somete al régimen general del título V del libro I, imponiéndose la obligación de mantener el equilibrio financiero del contrato cuando la modificación suponga un aumento de las unidades de obra que integran el suministro o una sustitución de unos bienes por otros comprendidos en el contrato. La supresión o reducción de unidades o clases de bienes no generan derecho a reclamar indemnización por dichas causas.

4.5. Modificación de los contratos de servicios de mantenimiento

Son obligatorias para el contratista, se llevarán a cabo de conformidad con lo previsto en el artículo 219 y en el título V del libro I y cuando se produzca aumento o la sustitución de unos equipos por otros, siempre que los mismos estén contenidos en el contrato, será necesario restablecer el equilibrio económico del contrato. En los casos de reducción o supresión de equipos a mantener, las modificaciones serán obligatorias

415. El art. 282 del TRLCSP impone a la Administración la obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo establecido en el título V del libro I, las características del servicio contratado.
- b) Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.
- c) Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

El apartado 5 del precepto deja libertad a la Administración para acordar las medidas que procedan en cada caso con esa finalidad de restablecer equilibrio económico del contrato. A título enunciativo señala que «estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Así mismo, en los casos previstos en los apartados 4.b) y c) (del art. 282 TRLCSP), podrá prorrogarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 10 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente. equilibrio económico del contrato.

para el contratista sin que tenga derecho alguno a reclamar indemnización por dichas causas.

Como se deduce de lo expuesto como régimen singular para cada uno de los tipos contractuales el efecto más significativo de la modificación contractual es la alteración de las prestaciones comprometidas y, en consecuencia, la necesidad de ajustar las mismas con la finalidad de mantener el equilibrio económico de la relación.

Este elemento común se modula, como ya se ha visto, de manera distinta en cada uno de ellos.

Por lo demás, la modificación de las prestaciones del contrato lleva aparejadas otras consecuencias que merecen un estudio independiente acorde con su complejidad y relevancia.

III. BIBLIOGRAFÍA

BERNAL BLAY, M. A.: «Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos», en obra colectiva *Observatorio de contratos públicos 2010*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011.

BLANQUER CRIADO, D., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Guía práctica*. Tirant lo Blanch, 2007.

GIMENO FELIÚ, J. M^a: *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.

- «El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n^o 149.
- «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*, n^o 147.

HORGUE BAENA C., *La modificación del contrato administrativo de obras*, Marcial Pons, Madrid 1997.

GALLEGRO CÓRCOLES, Isabel: «La extinción del contrato de concesión de obra pública», en *El contrato de concesión de obra pública en la Ley de Contratos del Sector Público*, Dir. Francisco Puerta Seguido, Ed. La Ley, Las Rozas, Madrid, 2008.

- «Observatorio de jurisprudencia en materia de contratos públicos»,

en *Observatorio de contratos públicos 2011*, Ed. Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2012.

MARTÍN REBOLLO, L.: «Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)», en libro colectivo *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed, Civitas, Madrid, 2004.

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

– «Repercusiones de la crisis económica sobre la contratación pública», en *Observatorio de contratos públicos 2011*, Ed. Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2012.

MORENO MOLINA, J. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *La nueva ley de contratos del sector público*, Edita: La Ley, 3ª edición, Madrid, marzo 2011.

PUNZÓN MORALEDA, Jesús, y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Francisco, *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid 2009.

– «Comentario a las modificaciones introducidas por la Ley 15/2010, de 5 de julio –Modificación de la Ley 3/2004, de 29 diciembre 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*, nº 49, diciembre, 2010.

– «Simplificación en la contratación administrativa. Especial referencia a la contratación electrónica administrativa», en *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Dir. GIMENO FELIÚ, Ed. Aranzadi, 2011.

– «El equilibrio económico del contrato», en *Observatorio de contratos públicos 2011*, Ed. Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2012.

VÁZQUEZ MATILLA: «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible», *Revista Aragonesa de Administración pública*, nº 37.

El equilibrio económico de los contratos públicos

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: I. SECUENCIA EVOLUTIVA DE LOS CONTRATOS ATENDIENDO A SU MODIFICACIÓN. 1. *La cláusula «rebus sic stantibus»*. II. INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO. III. REGULACIÓN ACTUAL. 1. *Esquema de conclusiones*. IV. BIBLIOGRAFÍA. V. ANEXO.

I. SECUENCIA EVOLUTIVA DE LOS CONTRATOS ATENDIENDO A SU MODIFICACIÓN

Por todos es sabido que la modificación de los contratos, con carácter general, ha estado históricamente prohibida si se trataba de una modificación de tipo unilateral en la que la Administración se arrogaba de prerrogativas no sometidas al interés general. Ya en una Sentencia de 30 de agosto de 1865 se indicaba que: «Si bien la Administración está autorizada para modificar las condiciones del servicio contratado exigiéndolo así el servicio público, no puede, sin embargo, ordenar esta modificación, sin indemnizar al contratista convenientemente»⁴¹⁶. Ahora bien, no se trataba de una jurisprudencia asumida por toda la doctrina de finales del s. XIX y principios del s. XX. Este «no consenso doctrinal» era motivado en gran parte, como más adelante podremos observar, por un conflicto conceptual debido a una asimilación sin más

416. Sentencia que trae a colación PARADA VÁZQUEZ (PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Ed. Instituto García Oviedo-Universidad de Sevilla, 1963, pp. 224-225).

de la doctrina civilística contractual. En un momento histórico en el que aún no se tenían demasiado claros los límites entre lo civil y lo administrativo, fue normal que frente a la afirmación de la sentencia anterior apareciesen otras en las que pusieran de manifiesto, como bien señala PARADA VÁZQUEZ⁴¹⁷, la vigencia del principio *pacta sunt servanda*⁴¹⁸ –los pactos han de observarse–, negando a la Administración la posibilidad de alterar el contenido de las obligaciones contraídas. Es un principio que encontró su positivización en el art. 1091 CC⁴¹⁹ –Obligaciones contractuales–, según el cual «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos». El problema que se plantea desde cualquiera de las dos posturas señaladas no es otro que el de cómo resolver circunstancias futuras, jurídica o meramente económicas, sobrevenidas o no, que de alguna forma pusieran en entredicho las voluntades perfeccionadas mediante el contrato.

No obstante lo indicado, la jurisprudencia de mediados del s. XX es bastante pertinaz cuando trata sobre los límites entre el Derecho administrativo y el privado en materia de contratos. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1953 señala:

«Es un axioma jurídico nunca discutido que los contratos son ley para las partes contratantes, las cuales vienen obligadas por su coincidente voluntad al cumplimiento de sus prestaciones respectivas, y a asumir las cargas que se estipularon, los riesgos posibles y las ventajas que pueden obtenerse sin que ninguna de dichas partes pueda impedir ni participar en las ganancias que la otra legítimamente consiga, de lo cual se deduce que la observancia estricta de las cláusulas aceptadas es lo que constituye la regla general en la vida del contrato y su perfecta ejecución y normalidad».

De esta jurisprudencia, en clara alusión al principio *contractus lex inter partes*, se desprende, como expuso en su momento GARRIDO FALLA⁴²⁰, que quedaba una puerta abierta a la posibilidad de una aplicación masiva del Derecho civil, aunque de carácter subsidiario, y de esta forma, cuando trata el tema del principio *de mutabilidad del contrato administrativo* asume con decisión que en los «...países en que el régimen administrativo no está excesivamente evolucionado, se ha procurado

417. PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Los orígenes...*, *op. cit.* p. 225.

418. Principio en origen de Ulpiano (D.2.14.7.7) y que tiene manifestaciones diversas en el mundo jurídico: *pacta conventa servabo, pacta novissima servari oportet, pacta servanda dictat ratio naturalis*, etc.

419. También, como más adelante estudiaremos, en los arts. 1256 y 1258 CC

420. GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho administrativo*, Vol. II, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 107.

resolver el problema de la adaptación de los contratos concluidos por la Administración Pública a las exigencias del interés público mediante una aplicación, más o menos acentuada de la cláusula *rebus sic stantibus*».

1. LA CLÁUSULA «REBUS SIC STANTIBUS»

La cláusula *rebus sic stantibus* es una expresión de origen latino por medio de la cual se establece que los pactos que forman parte de los contratos⁴²¹ de «tracto» sucesivo deben mantenerse vigentes durante la vida del contrato siempre que permanezca, más que menos, inmutable la situación existente cuando se estipuló el contrato. Es decir, si por la aparición de un riesgo o una situación imprevista, extraordinaria o anormal –no debida a ninguna de las partes del contrato–, se alteran gravemente las condiciones originariamente contempladas en el contrato, conllevando que las prestaciones objeto del contrato sean demasiado onerosas para el contratista, se puede aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* para que el contratista no se vea perjudicado por el cambio que sufre en el equilibrio financiero en el contrato. De tal forma, dado que el equilibrio económico del contrato ha sido modificado, esto conlleva que se exima al contratista del cumplimiento del contrato a su riesgo y ventura⁴²² o, en su caso, que se libere al contratista de algunas de las

421. Únicamente se analiza esta cláusula en relación con los contratos administrativos aunque debemos señalar que su uso se expande por el ámbito del derecho penal (por ejemplo, medidas de prisión preventiva), el derecho del trabajo (por ejemplo, la modificación de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo por alteración sustancial de las circunstancias económicas, fundamentada en el interés público y, como señala el Tribunal Constitucional en su sentencia 192/1981, de 8 de abril, «es posible reclamar una alteración del Convenio en aquellos casos en que éste haya sido incumplido por la parte empresarial o se haya producido un cambio absoluto y radical de las circunstancias, que permitan aplicar la llamada cláusula «rebus sic stantibus»), y el derecho internacional (WERTH, Alexander, *Die klausula rebus sic stantibus im Völkerrrecht, insbesondere in ihrer Anwendung auf den Young Plan*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1931; y en el artículo 62 de Convención de Viena sobre el derecho de los tratados).

422. El Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso/nº de recurso: 5424/1997), de 14 de mayo de 2001, precisa lo que debe entenderse por «riesgo» y «ventura». En sus palabras en el fundamento jurídico segundo: «Interesa subrayar que el riesgo y ventura del contratista ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general en la contratación administrativa, que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la Ley de Contratos del Estado y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial».

obligaciones y garantías que ha prestado para acomodar el contrato a las circunstancias imprevisibles que han aparecido y garantizar la continuidad de la prestación de interés público garantizada por el contrato.

Esta situación extraordinaria e imprevisible que modifica la situación originaria del contrato puede deberse a varias causas, por un lado, a decisiones que haya adoptado la propia Administración (nos encontraríamos con el *factum principis* o el *ius variandi*), o bien por la aparición de la fuerza mayor u otras circunstancias que hacen excesivamente oneroso el cumplimiento del contrato (propiamente sería la cláusula *rebus sic stantibus*).

Para que se pueda aplicar cláusula *rebus sic stantibus* se deben dar tres elementos.

En primer lugar, debe aparecer una alteración o una circunstancia sobrevenida, injustificada e imprevisible⁴²³ que modifica las condiciones que presidieron en su origen la celebración del contrato, lo cual supone una frustración completa, o grave, de los presupuestos contractuales primigenios que han sido alterados gravemente. Esta nueva situación generalmente es calificada como anormal, extraordinaria, insólita, imprevista y profunda, no previsible razonablemente o inesperada.

En segundo lugar, debe haber una ausencia de culpa por parte de los contratantes (Administración y contratista) quienes, aun habiendo actuado dentro de unas previsiones razonables y con la debida diligencia, se encuentran de forma sorpresiva ante una situación imprevisible que ha afectado considerablemente las bases del contrato al que se han obligado.

Finalmente, en tercer lugar, la situación imprevista que ha aparecido de forma imprevisible debe gozar de un cariz económico de importancia pues esta situación pone gravemente en peligro el equilibrio económico-financiero del contrato y a las prestaciones a las que se han obligado los contratantes sin que la posibilidad prevista de la revisión de precios pueda aplicarse⁴²⁴, o que la compensación obtenida sea insu-

423. Debemos señalar que no puede calificarse un hecho como imprevisible cuando las circunstancias sobrevenidas son puramente técnicas y achacables a un proyecto concreto que ha sido redactado por el propio contratista y presentado como oferta a la Administración para realizar una obra pública. Al hacer referencia a la imprevisibilidad se ponen en relación la cláusula *rebus sic stantibus* con la doctrina de la imprevisión y el principio de riesgo imprevisible.

424. La existencia de mecanismos de revisión de precios de los contratos para proteger los derechos a un precio justo por parte de los contratistas se considera una manifestación más del principio de buena fe y de la reciprocidad de las obligaciones que se debe dar entre las partes de los contratos. Los mecanismos de revisión no

ficiente, no siendo posible compensar el desequilibrio económico grave que sufre el contratista. No cabe aplicar sin más los principios de riesgo y ventura, precio cierto, inmutabilidad del contrato *ex lege*, y la cláusula tradicional de la fuerza obligatoria del contrato (*pacta sunt servanda*), pues se debe tener en cuenta la aparición de situaciones sobrevenidas excepcionales e imprevisibles que han influido de forma grave sobre los presupuestos originales que sirvieron para la celebración del contrato. No nos encontramos ante el mismo contrato que se firmó primigeniamente. Se debe restablecer el equilibrio de la prestación debida para que ninguna de las partes del contrato resulte perjudicada o beneficiada injustamente. Es una consecuencia lógica pues si una de las partes pudiera cambiar las cláusulas del contrato a su libre disposición (*contractus lex inter partes*), o en su caso, las condiciones del contrato se hubieran modificado sustancialmente no nos encontraríamos ante un contrato pues todo contrato supone tanto un concierto de voluntades (por ello no es un acto administrativo), así como una realidad cierta sobre la que versa el contrato, y una contraprestación equitativa. Debemos señalar que si la situación de perjuicio económico, que debe ser acreditada fidedignamente «en forma racionalmente contundente y decisiva»⁴²⁵, no fuera gravemente onerosa no sería aplicable la cláusula *rebus sic stantibus* y este perjuicio debería ser soportado por el contratista dada la ventura y riesgo que todo contratista debe soportar. Es decir, la incidencia de esta situación imprevista en el equilibrio económico financiero del contrato debe ser de una cuantía considerable, pues si no, no será atendida la petición del contratista teniendo en cuenta la máxima *de minimis non curat lex – de minimis non curat praetor*⁴²⁶ dado que no es posible compen-

estaban previstos de forma obligatoria en el Texto articulado de la ley de contratos del Estado aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril de 1965, pues para que fuesen aplicados se deberían incluir en los pliegos de cláusulas administrativas. A diferencia de esta situación, el actual texto refundido de la ley de contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), determina en su artículo 91.3 que «el índice o fórmula de revisión aplicados al contrato será invariable durante la vigencia del mismo...». El Decreto 3650/1970, de 19 de diciembre, sobre fórmulas tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras del Estado y Organismos Autónomos para 1971 ha sido derogado recientemente por el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas (BOE número 258, de 26 de octubre de 2011).

425. Así se determina en el fundamento jurídico primero de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso/nº de recurso: 1059/2000), de 17 de noviembre de 2000.

426. En relación con la acción de dolo en el *Digesto* aparece tratado de la siguiente forma

sar todo perjuicio que sufra el contratista. Es así pues la cláusula *rebus sic stantibus* no supone un seguro a todo riesgo respecto la obtención de beneficios por parte del contratista, ni tampoco puede justificar toda petición por parte del contratista de un «reequilibrio» financiero de las prestaciones del contrato. Existe un porcentaje de riesgo y ventura que todo contratista debe hacer frente. No debemos olvidar que el contratista ha ofertado un precio por la realización del contrato. Si la oferta que ha realizado se adecua a sus previsiones, entonces el contratista, es de esperar, que obtendrá beneficios y, si el presupuesto de la oferta se ha planteado incorrectamente, o se ejecuta mal, entonces el contratista tiene que soportar las pérdidas por no haber actuado de forma diligente. El contrato es parte de la actividad mercantil del empresario cuya actividad se encuentra sujeta a riesgo y ventura con lo cual es el propio contratista el que debe correr con su suerte. No obstante, para atemperar ese riesgo y ventura frente a situaciones imprevistas que alteran gravemente los presupuestos contractuales, es posible hacer uso de la *cláusula rebus sic stantibus*. El problema práctico a la hora de la aplicación de la cláusula radica en establecer el quantum de la onerosidad que debe estar garantizado y como éste ha evolucionado a la hora de cuantificarla.

Si bien el Consejo de Estado sus dictámenes de 5 de noviembre de 1987 (Obras Públicas y Urbanismo. Dictámenes 50293, 50299 y 50295), señaló que:

«(...) en cuanto al límite mínimo de cuantía que determine la apreciación de que se ha producido un desequilibrio económico lo suficientemente importante como para superar la regla general de "riesgo y ventura", el Consejo de Estado, en defecto de mejor criterio, estima que podría ser tomada como referencia la regla que se contiene en el art. 40.2 del Decreto-ley de 4 de febrero de 1964, esto es, el 2,5% del precio del contrato⁴²⁷».

No obstante, la jurisprudencia, e incluso el propio Consejo de Estado⁴²⁸, ha dejado de admitir este porcentaje de forma única y exclusiva

«6. *Merito causae cognitionem praetor inseruit: neque enim passim haec actio indulgenda est. Nam ecce in primis si modica summa sit*».

427. Recordemos como en la exposición de motivos del Real Decreto concediendo a los contratistas el derecho de revisión de precios en los contratos de obras públicas que dependan de este Ministerio y reúnan las condiciones que se publican (Gaceta de Madrid nº 91, de 1 de abril de 1917), se ponía de relieve como justificación el hecho de que «los cementos han sufrido un aumento de precio que oscila entre el 10 por 100 y el 50 por 100, según las marcas y las localidades. Los hierros y aceros, del 50 al 125, según perfiles y localidades. Las maderas, del 30 al 130, según clase, escuadría y procedencia. Los carbones, de 80 á 300, según procedencia, clase y localidad de consumo».

428. *Vid.*, en este sentido, el dictamen del Consejo de Estado número 634/2005, de 9 de junio de 2005 (Fomento. Solicitud indemnización por desequilibrio económico de las obras Autovía de la Plata. Carretera N-630 de Gijón al Puerto de Sevilla. Tramo

pues como señala la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso/ nº de recurso 5038/2006), de 25 de abril de 2008:

«Debe atenderse a las circunstancias de cada contrato en discusión para concluir si se ha alterado o no de modo irrazonable ese equilibrio contractual a que más arriba hemos hecho mención. La incidencia del incremento ha de examinarse sobre la globalidad del contrato pues un determinado incremento puede tener mayor o menor relevancia en función de la mayor o menor importancia económica del contrato y de los distintos aspectos contemplados en el mismo. En el momento actual no hay disposición legal alguna que establezca umbrales fijos para la entrada en juego del principio del riesgo imprevisible como superador del riesgo y ventura como si fijaba el Decreto-ley 2/1964, de 4 de febrero al cifrarlo en el 2,5% del contrato, supuestos analizados en las sentencias esgrimidas. Y por ello la Sala de instancia tampoco lesionó la jurisprudencia invocada en lo que se refiere al límite cuantitativo del riesgo imprevisible. Considera que las cifras de incremento, 2,57% en presupuesto inicial, o 3,14% en el adicional con revisión de precios, se encuentran dentro de los márgenes razonables con relación al beneficio industrial, conclusión que no contradice la jurisprudencia invocada. Es cierto que en tal supuesto el beneficio del contratista es menor del esperado mas ello encaja en la doctrina del riesgo y ventura sin alterar frontalmente el equilibrio económico financiero que haría entrar en juego la doctrina del riesgo imprevisible».

Con posterioridad, el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso/ nº de recurso 763/2007), en su sentencia de 27 de octubre de 2009⁴²⁹, afirmaría que:

«(...) la Administración emplea ese módulo de 2.50 por 100 "en defecto de mejor criterio" (...) la indicada doctrina del «riesgo imprevisible razonable» se construye sobre un elemento importante que no puede ser matemáticamente determinado para todos los supuestos, ya que se encuentra en función de su acusada

de Venta] del Alto-Enlace de Gerena), en el que señaló que: «(...) el reconocimiento del derecho del contratista a percibir una indemnización por alteración del equilibrio económico-financiero del contrato no es consecuencia indefectible y automática derivada del incremento de los costes de su ejecución en cuantía superior a un determinado porcentaje de su precio. Cuando el Consejo de Estado ha señalado en ocasiones un porcentaje en tal sentido, no lo ha hecho de manera rígida y absoluta, sino, antes al contrario, como simple pauta para valorar las circunstancias concretas que puedan concurrir». Con idéntica fundamentación los dictámenes del Consejo de Estado 3006/2003, de 30 de octubre de 2003 (Fomento. Solicitud indemnización por desequilibrio económico en obras «Autovía de la Plata. Carretera N-630 de Gijón al Puerto de Sevilla. Tramo: Almendralejo (Sur)-Zafra»; 661/2004, de 15 de abril de 2004 (Fomento. Solicitud indemnización por desequilibrio económico en obras: Refuerzo de firme. Carretera N-340 de Cádiz a Barcelona. Tramo: Chiclana-Algeciras); y, 635/2005, de 5 de mayo de 2005 (Fomento. Solicitud indemnización por desequilibrio económico de las obras: Mejora de la plataforma CN-437. Acceso al aeropuerto de Córdoba p.k. 0,000 al 7,125. Tramo: Córdoba-Aeropuerto).

429. *Vid.*, coincidente, el fundamento jurídico quinto de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso/nº de recurso: 700/1988), de 27 de diciembre de 1990.

"relevancia y significación" en el contexto total de la contratación de que se trata y a cada caso en que aquélla se aplique (...) no ha quedado acreditado en autos como indica éste último órgano que tales aumentos hayan supuesto efectivamente una quiebra del equilibrio económico del contrato examinado, no bastando la simple referencia a la superación o no del determinado límite irrelevante conforme la jurisprudencia del Tribunal Supremo».

Una vez establecido qué es la cláusula *rebus sic stantibus* debemos indicar su difícil aplicación práctica pues se prevé a en los contratos, en sus pliegos, e incluso en el propio texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público⁴³⁰, la existencia de procedimientos de modificación de contratos. Hecho que conlleva que la cláusula *rebus sic stantibus* sea de aplicación restrictiva y excepcional⁴³¹.

430. *Vid.*, por ejemplo, el artículo 234 en relación con la modificación del contrato de obras; el art. 243 en relación con la modificación del proyecto en el contrato de concesión de obra pública; el art. 250 en relación con la modificación de la obra pública; el art. 282 en relación con la modificación del contrato de gestión de servicios públicos; el art. 296 en relación con la modificación del contrato de suministro; el art. 306 en relación con la modificación de los contratos de servicios de mantenimiento.

431. Los orígenes de esta cláusula los encontramos primigeniamente en una referencia de Sexto Cecilio Africano (Libro VII. Quaestionum) que aparece en el *Digesto* (46,3, frag.38): «*Quum quis sibi, aut Titio dari stipulatus sit, magis esse ait, ut ita demum recte Titio solvi dicendum sit, si in eodem statu maneat, quo fuit, quum stipulatio interponeretur. Ceterum sive in adoptionem, sive in exilium ierit, vel aqua et igni el interdictum, vel servus factus sit, non recte el solvi dicendum; tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur, si in eadem causas maneat*». [Cuerpo del derecho civil romano Primera Parte *Digesto*, tomo III (Ildefonso L. García del Corral, traductor y compilador), Barcelona, 1897, p. 604: «Cuando alguno hubiere estipulado que se le dé á él ó á Ticio, dice que es más cierto que se ha de decir, que se le paga bien á Ticio, solamente si permaneciera en el mismo estado en que se hallaba cuando se interpuso la estipulación. Mas si se hubiere dado en adopción, ó hubiere sido desterrado, ó se le hubiere puesto interdicción en el agua y en el fuego, ó se hubiera hecho esclavo, se ha de decir que no se le paga bien; porque se considera que tácitamente es inherente á la estipulación esta convención, si permaneciera en el mismo estado».]

Con posterioridad, encontramos una referencia en la *Summa Theologiae* de santo Tomás de Aquino (*Summa* II, II, 110, 3 ad 5), justificando el no cumplimiento de una promesa que no se va a cumplir cuando se han alterado las condiciones personales o las del negocio en cuestión: «Aquel que promete algo, si tiene intención de cumplirlo, no miente, porque no hay contradicción entre lo que habla y lo que piensa. Pero si no pone por obra lo que ha prometido, en este caso parece que falta a la fidelidad, por cambiar de propósito. Sin embargo, se le puede eximir de culpa por dos razones: la una, si lo prometido es manifiestamente ilícito, ya que entonces pecó al hacer esta promesa y hace bien al cambiar de propósito; la segunda, si han cambiado las condiciones personales o las del negocio en cuestión. Pues, conforme dice Séneca en su libro *De Benefic.*, para que uno esté obligado a cumplir lo prometido se requiere el que ninguna circunstancia haya cambiado. De no ser así, ni se fue mentiroso al prometer, por haberlo hecho sinceramente, y en el supuesto de que se mantendrían las debidas condiciones, ni tampoco se es infiel por no cumplir lo prometido si las condiciones ya no son las mismas. Por tanto, tampoco mintió

Debemos señalar que si bien se analiza la cláusula *rebus sic stantibus*, esta cláusula aparece conectada⁴³², enlazada⁴³³, u ocultada, bajo otras figuras, como ha ocurrido en Francia con la teoría del riesgo imprevisible (Théorie de l'imprévision en Francia a partir del arrêt de 30 de marzo de 1916 Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux⁴³⁴, y la ley Faillot de 21 de enero de 1918⁴³⁵), la de frustration of adventure (Common

el Apóstol al no haber ido a Corinto, a donde prometió que habría de ir, como leemos en 2 Cor 1,15; 16,5, por las dificultades que sobrevinieron». [(43669) II^a-IIae q. 110 a. 3 ad 5 «Ad quintum dicendum quod ille qui aliquid promittit, si habeat animum faciendi quod promittit, non mentitur, quia non loquitur contra id quod gerit in mente. Si yero non faciat quod promisit, tunc videtur infideliter agere per hoc quod animum mutat. Potest tamen excusad ex duobus. Uno modo, si promisit id quod est manifeste illicitum, quia promittendo peccavit, mutando autem propositum bene facit. Alio modo, si sint mutatae conditiones personarum et negotiorum. Ut enim Seneca dicit, in libro de Benefic., ad hoc quod homo teneatur facere quod promisit, requiritur quod omnia immutata permanent, alioquin nec fuit mendax in promittendo, quia promisit quod habebat in mente, subintellectis debitis conditionibus; nec etiam est infidelis non implendo quod promisit, quia eadem conditiones non extant. Unde et apostolus non est mentitus, qui non iovit Corinthum, quo se iturum esse promiserat, ut dicitur II Cor. I, et hoc propter impedimenta quae supervenerant».]

Otra referencia se percibe en el Corpus Iuris Canonici insertada en las Decretales del Papa Gregorio IX (L.2.T.XXIV.C.XXVIII). Los comentaristas, o postglosadores, Bartolo de Sassoferrato y Baldo de Ubaldi pusieron de referencia esta cláusula mediante el siguiente brocardo: «contractus qui habent tractum succesivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelligentur».

432. *Vid.*, el fundamento jurídico cuarto de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso/nº de recurso: 4361/1998), de 9 de diciembre de 2003.
433. Así aparece, por ejemplo, en el fundamento jurídico tercero de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso/nº de recurso: 5033/2006), de 18 de abril de 2008. Y, en el desarrollo por parte de la profesora de la Universidad de León Ana Belén Casares Marco de su apartado «5. La cláusula *rebus sic stantibus* y la teoría del riesgo imprevisible», insertado dentro de su comentario al principio jurídico «Equilibrio económico», en la obra dirigida por Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (p. 1374 y ss).
434. Dada la situación en guerra en que se encontraba Francia había dificultades para conseguir carbón pues la mayoría de las regiones productoras de carbón estaban en manos de las tropas enemigas, el transporte marítimo de carbón conllevaba una cierta complejidad (navíos requisados y guerra marítima), y se había producido un alza del precio del carbón por motivos de la guerra. Esto conllevaba que era difícil de conseguir el carbón necesario para fabricar gas y que su precio se encontrara «atteindre une proportion telle que non seulement elle a un caractère exceptionnel dans le sens habituellement donné à ce terme, mais qu'elle entraîne dans le can de la fabrication du gaz une augmentation qui, dans une mesure déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat de concession».
435. Con posterioridad, entre otras, podemos recordar la circular del Ministerio de Economía y Finanzas de 10 febrero de 1976 relative à la détermination des prix de règlement dans les marchés publics conclus à prix révisables ou ajustables, en cuyo anexo III se incluyen algunas medidas inspiradas en ciertos principios de la doc-

Law), y las teorías de *Voraussetzung* de Bernhard Joseph Hubert Windscheid (Lehrbuch des Pandektenrechts), y de la base del negocio de Paul Ernst Wilhelm Oertmann (Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff). Incluso, como señala el abogado general Nulo Jääskinen en sus conclusiones al asunto C-194/09 P, Alcoa Trasformazioni Srl., puede señalarse que la cláusula *rebus sic stantibus* ha inspirado las disposiciones del artículo 1, letra b), inciso y), del Reglamento n° 659/1999, de 22 de marzo de 1999, relativo a las modalidades de aplicación del artículo 108 TCE.

Generalmente la cláusula *rebus sic stantibus* ha aparecido unida a la cláusula *pacta sunt servanda* que hace referencia a que los contratos-pactos deben ser conservados por las partes que han suscrito un acuerdo de voluntades, obligándose recíprocamente a su cumplimiento. Aunque, si bien existen diferencias entre estas cláusulas⁴³⁶, muy a menudo apare-

trina de la imprevisión (JORF de 7 de marzo de 1976). Y la decisión del Consejo de Estado de Estado n° 11939, de 22 de febrero de 1980, en la que se señala que la teoría de la imprevisión «a seulement pour objet de permettre d'assurer la continuité du service public et par suite n'est pas applicable à un marché résilié».

436. Por ejemplo, podemos recordar la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, de 12 de diciembre de 1979, en la cual el Tribunal Supremo señala lo siguiente: «(...)», bien entendido que la cláusula "REBUS sic stantibus" no se ha admitido siempre como algo general e incuestionable, aunque su acogimiento por este Tribunal, está hoy fuera de toda exégesis o duda, si bien, para ella se hubiera seguido un camino muy limitado y restrictivo al principio, si tenemos en cuenta que el inicio de su acogimiento se proclamaba que debiera ser acogida «con precaución muy cautelosa», -SS. de 13 junio 1944, y 5 junio 1945-, no teniendo "carácter general" -S. de 17 mayo 1941-, pronunciamientos que se amplían sucesivamente, otorgándole una mayor amplitud a estas cláusulas -S. de este Tribunal de 14 noviembre 1953, 20 mayo 1964, 14 abril 1967, 15 y 20 marzo 1972 y 29 marzo 1973, 28 octubre 1974 y 15 octubre 1976, entre otras-, en cuanto que dicha cláusula puede legitimar una revisión siempre que existan unas alteraciones económicas extraordinarias y anormales imprevistas y profundas que afecten gravemente a la economía del contratista, criterio expansivo y acogedor que viene a ser corolario y final de la confrontación de dos fuerzas dispares, la justicia y la seguridad jurídica, en cuanto que si aquella exige el equilibrio de las prestaciones, y cuando éstas no coinciden y se invoca la intangibilidad de lo convenido, se dice "sumum ius, summa iniuria", ésta reclama la estabilidad de las condiciones en virtud del principio «pacta sunt servanda», por lo que cuando ambas vertientes del derecho se enfrentan en ocasiones, cada una de ellas requiere su solución, a veces contrarias, por lo que si en derecho privado se concedió más valor en principio a la seguridad jurídica, en el derecho administrativo va imponiéndose el principio de justicia, pues, no en vano, las relaciones administrativas y administrativo se ven influenciadas y teñidas por la "equidad y la buena fe", que exigen mitigar esa excesiva onerosidad de las prestaciones del administrativo cuando hechos o eventos trascendentales, extraordinarios e inéditos así lo exigen y que sólo pueden corregirse por el imperio de la equidad, de la buena fe y, en especial, por la justicia».

cen unidas (*Pacta sunt servanda rebus sic stantibus*), poniendo de relieve que los contratos son obligatorios siempre que permanezcan las circunstancias existentes cuando se formalizó el contrato. Es importante recalcar este hecho pues si las circunstancias existentes cuando se formalizó el contrato de «tracto» sucesivo y ejecución diferida se han modificado sustancialmente entonces también se sobreentiende que se han modificado las prestaciones a las que se encuentra obligado el contratista. No existiría una equivalencia entre la prestación del contratista y la contraprestación ofertada por el contratante, con lo cual, no deberían ser obligatorias para ellos las obligaciones dimanantes del contrato. Si se impusiera la obligación de continuar el contrato, una de las partes, el contratista, sufriría un grave perjuicio que no puede ser subsumible en el riesgo y ventura de todo contrato pues este principio no se puede aplicar cuando existe una quiebra radical del equilibrio económico financiero contractual. A diferencia, la otra parte, la Administración Pública, obtendría un beneficio o un enriquecimiento calificado como injusto e indebido.

Pero, debemos señalar que, frente a la posibilidad de una resolución de contrato, se establece, siempre que sea posible, que una forma mejor de proceder consiste en preservar el contrato indemnizando el mayor coste que ha supuesto sobre el contratista la alteración de las condiciones de la ejecución del contrato. Se pretenden conservar los efectos del contrato todo el tiempo en que sea posible.

Por ejemplo, el actual apartado tercero del artículo 242 del RDLeg 3/2011⁴³⁷ de 16 de noviembre de 2011, determina que si la concurrencia de fuerza mayor implicase mayores costes para el concesionario se procedería a ajustar el plan económico-financiero.

Y, solamente si la fuerza mayor impidiera por completo la realización de las obras, se procedería a resolver el contrato, debiendo abonar el órgano de contratación al concesionario el importe total de las obras ejecutadas, así como los mayores costes en que hubiese incurrido como consecuencia del endeudamiento con terceros. Es decir, únicamente en el supuesto de que la fuerza mayor impidiera por completo la realización de las obras procedería la resolución del contrato. Es importante poner de relieve como última posibilidad la resolución del contrato. Antes de que se produzca una situación que suponga una ruptura total del equilibrio coste/prestación, el contratista tiene en sus manos diversas posibilidades para actuar y reequilibrar su balance financiero. Por ejem-

437. BOE nº 276, de 16 de noviembre.

plo, puede proceder a la suspensión de la actividad objeto del contrato y se pueden haber establecido elementos correctores como, por ejemplo, cláusulas de revisión de precios.

Ya establecido el qué y el porqué de la cláusula *rebus sic stantibus* procede analizar cómo se ha desarrollado doctrinal y jurisprudencialmente esta cláusula en la materia de la contratación administrativa. Debemos iniciar señalando que esta cláusula no aparece reflejada como tal en la legislación⁴³⁸, y por ello, para su aplicación, hay que tener en cuenta la doctrina, la labor interpretativa de la jurisprudencia y su desarrollo operativo dada su inclusión en cláusulas de resoluciones administrativas o de contratos⁴³⁹. En nuestro análisis procederemos analizando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la doctrina emanada del Consejo de Estado y los dictámenes de la Abogacía del Estado. Así obtendremos una visión amplia de cómo se ha aplicado esta cláusula a lo largo de los años.

Respecto la jurisprudencia de la sala de lo contencioso administra-

438. La única referencia de la legislación vigente es la que se encuentra en la exposición de motivos de Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE n° 12, de 14 de enero de 1999), donde se señala que «En el Título VI, junto a la reforma del artículo 71 para lograr la concordancia con el resto de las modificaciones, se actualiza la regulación de las medidas provisionales del artículo 72, introduciendo las previsiones necesarias para flexibilizar el momento de su adopción con las cautelas necesarias para garantizar el respeto a los derechos de los ciudadanos. Así se permite que, en los casos determinados por las Leyes sectoriales, se acuerden con carácter previo a la iniciación del procedimiento. En el mismo sentido, se introduce la posibilidad de modificación de dichas medidas en atención a la regla "rebus sic stantibus"». El consejero de Estado, Miguel Vizcaíno Márquez, en su voto particular al dictamen n° 54.700 del Consejo de Estado, de 5 de diciembre de 1990 (Obras Públicas y Urbanismo. Reclamación formulada por...), afirmó que «el elemento básico y configurador de la institución de la cláusula "rebus sic stantibus" ha sido, desde sus orígenes, más filosófico que jurídico».

439. Por ejemplo, podemos recordar la resolución de la Secretaría General de Energía, de 14 de marzo de 2008, por la que se precisan determinados aspectos relativos a la gestión de los almacenamientos subterráneos de la red básica y se establecen las reglas para la subasta de su capacidad (BOE n° 75, de 27 de marzo de 2008). En su cláusula vigésima se determina que «Caso de que tenga lugar una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el Contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración, que conlleve una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes que rompa el equilibrio entre dichas prestaciones, y que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles, cualquiera de las partes podrá exigir la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* de forma que el Contrato se adapte a las nuevas circunstancias».

tivo del Tribunal Supremo, por cierto, no demasiado abundante, podemos recordar algunas sentencias que clarifican el sentido que se debe conceder a la cláusula *rebus sic stantibus*⁴⁴⁰.

Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso/nº de recurso: 3601/2006), se señalan los orígenes de esta cláusula. Como se afirma en el fundamento jurídico sexto:

«(...) la cláusula *rebus sic stantibus* (mientras las cosas estén así), que tiene su fundamento en las doctrinas civilistas sobre el riesgo imprevisible, la ruptura del equilibrio contractual de la base del negocio, o la frustración o novación del contrato por causas que hagan imposible o gravoso su cumplimiento por una de las partes, se aplica a aquellas relaciones negociales obligatorias, cuando se trata de contratos de tracto sucesivo (*qui habent tractu sucesivos*), o que dependen de un hecho futuro (*vel dependentio del futuro*)».

En la posterior sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso/ nº de recurso: 763/2007) de 27 de octubre de 2009, se determina el porqué de la doctrina del «riesgo razonablemente imprevisible» que generalmente ha estado asociada a la cláusula *rebus sic stantibus*. Si bien la única posibilidad de equilibrio económico financiero en la Administración General del Estado, admitida legalmente, es la «revisión de precios», no obstante, como señala el Tribunal Supremo en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia:

«(...) cuando dicha figura de la "revisión de precios" deviene ineficaz, por concurrir otros hechos que escapan a las previsiones normativas establecidas al efecto, produciendo con ello en la relación jurídico-contractual que vincula a las partes, un desequilibrio económico de tal entidad y naturaleza que, el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones derivadas de ella, sea excesivamente oneroso para él mismo, el cual razonablemente no pudo precaver incluso empleando una diligencia fuera de lo normal en este tipo de contrataciones; entonces y en este último supuesto ha de acudir a la aplicación de la doctrina de "riesgo razonablemente imprevisible" como medio extraordinario, como extraordinarias son sus causas, para establecer el equilibrio económico del contrato. Es decir, para que sea aplicable dicha doctrina a fin de producir los efectos pretendidos, como fórmula compensatoria de perjuicios experimentados por el contratista en cuanto no hayan sido cubiertos a través de la figura jurídica de la «revisión de precios» es menester que las circunstancias concurrentes desencadenantes del desequilibrio contractual, además de ser imprevisibles, sean producidas sin culpa en los contratantes»⁴⁴¹.

440. Solamente se van a referenciar algunas de las sentencias del Tribunal Supremo. Las que han analizado con mayor profundidad la naturaleza de la cláusula *rebus sic stantibus*. No obstante, a lo largo de este texto aparecen otras referencias de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

441. Idéntico contenido encontramos en el fundamento jurídico tercero de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso/nº de recurso: 1290/1990), de 19 de enero de 1998. Y en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso/nº de recurso: 700/88), de 27 de diciembre de 1990.

En segundo lugar, respecto a la doctrina del Consejo de Estado, hemos de señalar que en numerosas ocasiones el Consejo de Estado ha tenido que analizar con profundidad la cláusula *rebus sic stantibus*, y si procedía o no su aplicación.

Se va a prestar singular atención a los supuestos de contratación pública pero no debemos olvidar como también el Consejo de Estado ha considerado como aplicable la cláusula *rebus sic stantibus* en otras situaciones diferentes como, por ejemplo, en el supuesto pesquero, la asignación en censos de pesca realizado por el artículo 157 del Tratado de Adhesión de España a la Comunidad Económica Europea y la Ley 23/1997, de 15 de julio, de Ordenación del Sector Pesquero de Altura y Gran Altura, de tal forma que si cambiara el sistema existente se debería justificar muy detalladamente el porqué de esta modificación.

El Consejo de Estado de Estado considera la cláusula *rebus sic stantibus* incluida dentro de la teoría/principio del riesgo imprevisible o la doctrina de la imprevisión. Para ello es esclarecedor su Dictamen 3348/2002, de 13 de marzo de 2003 (Ciencia y Tecnología. Expediente relativo a la «Propuesta de resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones por la que se modifica la licencia individual de C2 de...»), en el que señala respecto a la doctrina de la imprevisión o el principio de riesgo imprevisible que:

«Su origen inmediato en Derecho administrativo (pues en Derecho civil se remonta a Africano) puede establecerse en la doctrina de este Consejo a partir del Real Decreto Sentencia de 20 de junio de 1840, recaído en el asunto de Portazgo de Soncillo. Más recientemente, fue consagrado en la sentencia del Consejo de Estado francés Gaz de Bordeaux (C.E. 30 mars 1916, Compagnie Générale éclairage de Bordeaux, Rec. 125). De acuerdo con el dictamen del Consejo de Estado número 560/97, de 24 de abril de 1997: la "razón de ser de la teoría de la imprevisión (...) no es otra sino la de evitar conclusiones radicalmente injustas que se pudieran seguir de una aplicación literalista de la Ley, o de las cláusulas contractuales, que vienen a ser Ley entre las partes contratantes, según resulta de los términos del artículo 1091 del Código Civil". Su fundamento, por tanto, no es ajeno a los principios de equidad y buena fe».

No obstante, para respetar el principio de riesgo y ventura y no falsear las garantías de concurrencia en la licitación, la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible exige la concurrencia de estrictos requisitos. Como se decía en el dictamen del Consejo de Estado número 560/97, de 24 de abril de 1997, «la aplicación de la doctrina de la imprevisión exige, por su misma naturaleza, (...) cautelas especiales. En otro caso, se desvirtuaría su esencia, convirtiéndola en una cláusula general, no escrita, pero aplicable en todo caso a todo contrato a modo de una "condictio sine causa generalis". Esta consecuencia pugnaría, además, con la regla del riesgo y ventura propia de los contratos administrativos, así como con la misma razón de ser de la doctrina de la imprevisión».

11. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Entre los requisitos exigibles para la aplicación de esta doctrina cabe citar los tres siguientes: en primer lugar, la aparición de una alteración de circunstancias que resulte imprevisible (Dictámenes del Consejo de Estado números 560/97 y 50.293, 50.295 y 50.299 entre otros muchos) y extraordinaria (sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2001 y de 20 de mayo de 1999, ambas con cita de otras anteriores); en segundo lugar, la insuficiencia de los mecanismos previstos en el propio contrato (en este caso, en la licencia individual) para su revisión (dictámenes del Consejo de Estado números 560/97, 50.293, 50.295 y 50.299 entre otros muchos), y en tercer lugar, que la mencionada alteración de circunstancias tenga una incidencia sobre la economía general del contrato que rebase «los límites razonables de aleatoriedad que todo contrato de tracto sucesivo lleva consigo» (dictámenes números 50.293, de 5 de noviembre de 1987, 50.295 y 50.299, y sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1985) y produzca un efecto «patológico y desmesurado» (dictamen del Consejo de Estado número 1.075/2001, de 26 de julio de 2001), «una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido» (ibídem).

En sus Dictámenes 953/2011⁴⁴², de 29 de septiembre de 2011, y 1651/2011⁴⁴³, de 10 de noviembre de 2011, el Consejo de Estado nos señala que la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* –como límite a la aplicación del principio de riesgo y ventura–, no es equivalente a la de excesiva onerosidad aplicable a las prestaciones caracterizadas por la conmutatividad que se mide en correspondencia del precio al servicio. El principio de riesgo y ventura hace imposible reequilibrar económico financieramente el contrato en todo momento pues el contratista, por un lado, se beneficia de las ventajas y rendimientos que obtenga del contrato pero también, por otro lado, se ve perjudicado con las pérdidas que le pueda ocasionar la ejecución del contrato.

En concreto en estos dos dictámenes de 2011 el Consejo de Estado ha sostenido que:

«(...) el principio de riesgo y ventura no ha de quedar sometido a grados ni escalones; no se trata de hacer una valoración de la subjetiva estimación empresarial para una obra en concreto, ni tampoco de indagar acerca de parámetros objetivos en los que encajar esa previsión mercantil. En el régimen contractual español la postura de la contrata se refleja en una auténtica oferta, y es la Administración la que la acepta mediante la adjudicación. La posible representación errónea de las circunstancias que para sí realice la contrata, a fin de competir con otras en su oferta, tiene su significado estricta y exclusivamente en su ámbito interno. De otro

442. (Fomento – Reclamación por desequilibrio económico en la ejecución del contrato de obras: «Conservación de firme. Rehabilitación del firme. N-I (A-1, Autovía del Norte), puntos kilométricos 60 al 62,500 y 64 al 76,500 en la margen derecha y 60 al 67 en la margen izquierda. Tramo La Cabrera-Buitrago de Lozoya». Provincia de Madrid).

443. (Fomento – Reclamación de indemnización por desequilibrio económico de las obras: «Variante de población. Carretera N-432, de Badajoz a Granada, punto kilométrico 20 al 25. Tramo: La Albufera». Provincia de Badajoz).

modo se subvertiría en el procedimiento de adjudicación contractual, pues toda baja, incluso las muy notables, se corregirían posteriormente al alza, eliminándose de hecho la libre competencia en la adjudicación, penalizando al más eficiente frente a quien opera con mayor ligereza en la presentación de sus ofertas».

En otros dictámenes, de fecha anterior⁴⁴⁴, el Consejo de Estado estableció con precisión que:

444. Dictámenes del Consejo de Estado de 22 de septiembre de 2005 (Medio Ambiente. Dictamen 1094/2005. Expediente relativo a valoración de daños y perjuicios por el incremento de precios en las obras «Saneamiento y depuración de aguas residuales urbanas en la comarca de la Campiña Sur. TT.MM. de Llerena y otros»); de 22 de abril de 2010 (Fomento. Dictamen 328/2010. Reclamación por desequilibrio económico en la ejecución del contrato de obras: «Autovía de Levante a Francia por Aragón. Tramo: Mainar-Paniza» – Fomento. Dictamen 329/2010. Reclamación por desequilibrio económico en la ejecución del contrato de obras: «Nueva carretera. Acceso al Puerto de Castellón» – Fomento. Dictamen 332/2020. Reclamación por desequilibrio económico en la ejecución del contrato de obras «Rehabilitación del firme. Carretera N-240, de Tarragona a San Sebastián y Bilbao, punto kilométrico 158 al 207,700. Tramo: Barbastro-Huesca – Fomento. Dictamen 331/2010. Reclamación por desequilibrio económico en la ejecución del contrato de obras: «Circunvalación de Vigo, punto kilométrico 100 al 109,200. Tramo: Conexión Castrelos-Bouzas con autopista Puxeiros-Val Miñor – Fomento. Dictamen 330/2010. Reclamación por desequilibrio económico en la ejecución del contrato de obras: «Autovía A-23. Tramo: María de Huerva-Zaragoza (4º Cinturón)», de 9 de diciembre de 2010 (Fomento. Dictamen 2372/2010. Reclamación por desequilibrio económico en la ejecución del contrato de obras: «Acceso norte a Ferrol' por Fene, Neda y Narón. Vial Carretera de la Trinchera (N-623-Intersección del Ponto (C-642); de 21 de diciembre de 2010 (Fomento. Dictamen 2067/2010. Reclamación por desequilibrio económico en la ejecución del contrato de obras: «Autovía de la Plata. Carretera N-630 de Gijón al puerto de Sevilla, punto kilométrico 712 al 740,300. Tramo: Fuente de Cantos (Sur) – Límite provincia de Huelva». Provincia de Badajoz); de 20 de enero de 2011 (Fomento. Dictamen 2298/2010. Responsabilidad patrimonial de la Administración, instruida para sustanciar la solicitud de indemnización formulada por..., consistente en daños materiales en máquinas retroexcavadoras tras descargar la granalla espontánea de las bodegas del buque Tigre en el puerto de Melilla); de 2 de junio de 2011 (Fomento. Dictamen 757/2011. Reclamación por desequilibrio económico en la ejecución del contrato de obras: «Autovía del Cantábrico A-8. CN-634 de San Sebastián a Santiago de Compostela. Tramo: Tapia de Casariego-Barres». Provincia de Asturias. (UTE...-...)- Fomento. Dictamen 758/2011. Reclamación por desequilibrio económico en la ejecución del contrato de obras: «Rehabilitación estructural del firme. Rehabilitación del firme en los ramales de enlace. Carreteras: A-70 y A-7, puntos kilométricos: Varios». Provincia de Alicante; de 22 de septiembre de 2011– (Fomento. Dictamen 955/2011. Reclamación por desequilibrio económico en la ejecución del contrato de obras: «Autovía de la Plata. Carretera N-630 de Gijón al puerto de Sevilla, punto kilométrico 712 al 740,300. Tramo: Fuente de Cantos (Sur) – Límite provincia de Huelva». Provincia de Badajoz), y (Dictamen 952/2011. Fomento. Reclamación por desequilibrio económico en la ejecución del contrato de obras: Construcción de enlace. Carretera N-234 punto kilométrico 118,850. Tramo: Acceso Estación de Ferrocarril); de 22 de junio de 2011 (Fomento. Dictamen 888/2011. Reclamación por desequilibrio econó-

«(...) la obligatoriedad de las prestaciones debidas por las partes cede en el supuesto de que su cumplimiento resulte excesivamente oneroso, hasta el punto de alterar los presupuestos del negocio (la propia base del mismo), o sus condiciones (cláusula "rebus sic stantibus"). Debe tratarse de una onerosidad tal que, aparte de obedecer a una causa imprevisible, de ordinario injustificable, rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones y trastoque completamente la relación contractual».

Finalmente, la Abogacía del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado también se ha preocupado por la interpretación de la cláusula *rebus sic stantibus* en los contratos administrativos. Podemos recordar, entre otros, sus informes 5/93 (Ref. Servicios jurídicos periféricos), 18/05 (Ref. A.G.-Entes Públicos⁴⁴⁵) y, de fecha reciente, el informe 12/2010 relativo al importe de la base de cálculo de revisión de precios en los contratos de obras y suministros de fabricación, en el que establece la diferencia de interpretación de la cláusula *rebus sic stantibus* en el Derecho Civil y en el Derecho Administrativo, señalando que:

«Así, mientras que la cláusula *rebus sic stantibus* –todo contrato se entiende vinculante en tanto no se alteren las circunstancias que se tuvieron en cuenta al tiempo de su celebración– actúa en el Derecho privado como cláusula resolutoria implícita, facultando a las partes para apartarse lícitamente del cumplimiento de las obligaciones asumidas, en el Derecho público dicha cláusula se reconduce a mitigar las consecuencias derivadas del riesgo y ventura del contratista, de forma que, en aras del interés público en juego, la resolución del contrato es excepcional, articulándose normativamente medios para el restablecimiento de un equilibrio justo para el contratista. Surgen así, entre otros, el mecanismo de la revisión de precios, directamente inspirado en el clima de protección al contratista creado por nuestra moderna legislación de contratos públicos, que se remonta a la doctrina del riesgo imprevisible establecida por el Consejo de Estado francés a partir del Arrêt Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux, de marzo de 1916, con la notable distinción entre contratación pública y privada».

Respecto la doctrina, autores ilustres como COLMEIRO⁴⁴⁶, ya defendían que en aplicación del principio de equidad el Gobierno podía rescindir, mediante indemnización, el contrato que resultase oneroso a los

mico en la ejecución del contrato de obras: «Nuevo vial de acceso al Puerto de Mirasol. Ronda Oeste de Ribadeo, Lugo).

445. En el apartado segundo de este informe se desarrollan los requisitos para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* tornando como base de argumentación el fundamento jurídico primero de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2000 (Sala de lo Civil/nº de recurso 3618/1995), llegando a la conclusión que «la teoría de la cláusula "rebus sic stantibus" contempla el supuesto, y sólo a él queda referido, de alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias que hacen en extremo onerosa para una de las partes la ejecución del contrato en los términos convenidos, aniquilando el necesario equilibrio económico de las prestaciones».

446. COLMEIRO, Manuel, *Derecho administrativo español*, 3ª ed., T. II, Madrid, 1865, p. 103.

intereses públicos, o más tarde en el tiempo, DELGADO MARTÍN⁴⁴⁷, indicase que los contratos sobre servicios públicos se celebraban a riesgo y ventura, teniendo únicamente el contratista derecho a indemnización cuando así se pactaba de forma expresa. Como consecuencia de lo descrito hemos de precisar que históricamente el principio de *equilibrio económico del contrato* ha sido interpretado desde la afirmación del principio de *riesgo y ventura*.

En el Pliego de Condiciones Generales de 1903 había varios artículos dedicados a la modificación de los contratos. Seguramente el que mejor se ajusta al tema que tratamos es el art. 48, que disponía lo siguiente:

«Modo de fijar precios contradictorios para obras no previstas.

Art. 48. Cuando se juzgue necesario **emplear materiales ó ejecutar obras** que no figuren en el presupuesto de la contrata, **se evaluará su importe** á los precios asignados á otras obras ó materiales análogos, si los hubiere, y **cuando no, se discutirán entre el ingeniero y el contratista, sometiéndolos á la aprobación superior si resultase acuerdo.**

Los nuevos precios, por uno ú otro procedimiento convenidos, se sujetarán siempre a lo establecido en el art. 32 de estas condiciones.

Si no hubiere conformidad para la fijación de dichos precios entre la Administración y el contratista, quedará éste relevado de la construcción de la parte de obra de que se trate, sin derecho á indemnización de ninguna clase, abonándole, sin embargo, los materiales que sean de recibo y que hubieren quedado sin emplear por la modificación introducida.

Quando se proceda al empleo de los materiales ó ejecución de las obras de que se trate, sin la previa aprobación superior de los precios que hayan de aplicárseles, se entenderá que el contratista se conforma con los que fije la Administración».

Este artículo resulta muy ilustrativo por cuanto refleja el modo de proceder en dos supuestos concretos, o bien porque la Administración introdujese materiales distintos a los convenidos en el contrato, o bien porque se tuvieran que realizar obras distintas a las pactadas, acciones que en todo caso se circunscriben a modificaciones acordadas por las partes sin alterar el contrato en sus aspectos esenciales. Además, hay que tener en cuenta que se trata de una excepción en cuanto se establece como especialidad a un tipo de contrato, el contrato de obras públicas, a los materiales utilizados, a obras que no figuren en el presupuesto pero que tienen una indiscutible relación instrumental con el fin del

447. DELGADO MARTÍN, Eleuterio, *Contratos administrativos ó de obras y servicios*, Madrid, 1883, p. 86.

contrato y a la modificación subsiguiente en la fijación de los precios. El hecho más discutible, por tanto, resulta reflejado en el párrafo tercero, es decir, para los casos en los que no hubiera acuerdo entre las dos partes contratantes, Administración y contratista, puesto que de no existir acuerdo sobre los nuevos precios establecidos, el contratista sería relevado de la parte de la obra que se le quería asignar sin derecho a indemnización, recibiendo el contratista el precio, en el caso de tratarse de una modificación por introducción de nuevos materiales, sobre aquellos materiales que hubiesen quedado por emplear como causa de la modificación introducida. *A contrario sensu*, podemos interpretar que se abriría una brecha en la doctrina sobre el *ius variandi* al admitirse una modificación presupuestaria sin límite alguno, aunque en principio estuviese sujeta a simples variaciones complementarias.

Asimismo, y en relación con las modificaciones unilaterales de las obras, es importante exponer en este estudio el artículo 92 del Reglamento de Hacienda Municipal de 23 de agosto de 1924:

«Art. 92. Con respecto a **las variaciones de obras, aumento o disminución de las mismas e imprevistos se estará a lo que para estos casos se hubiese establecido al aprobarse el proyecto y su realización, y, en su caso, al Pliego de condiciones generales** para la contratación de obras públicas, así en lo referente a las formalidades y requisitos previos para hacer aquellas alteraciones en los presupuestos de obras, como en lo relativo a las responsabilidades por errores u omisiones de los Directores o Inspectores municipales de las obras».

En lo referente a la posible modificación unilateral por parte de la Administración, sería de aplicación, entre otros, el art. 46 del Pliego de Condiciones de 1903, que dispone:

«Si antes de principiarse las obras, o durante su construcción, la Administración resolviere ejecutar por sí parte de las que comprende la contrata, o **acordase introducir en el proyecto modificaciones que produzcan aumento o reducción y aun supresión de las cantidades de obra marcadas en el presupuesto, o sustitución de una clase de fábrica por otra**, siempre que ésta sea de las comprendidas en la contrata, serán obligatorias para el contratista estas disposiciones, sin que tenga derecho, en caso de supresión o reducción de obras, a reclamar ninguna indemnización a pretexto de pretendidos beneficios que hubiese podido obtener en la parte reducida o suprimida».

Observamos que se refiere a modificaciones de «detalle» que no alteran en nada el contrato pactado en origen si no es porque no se cuantifica en qué cantidades se puede reducir o suprimir, es decir, el Poder adjudicador podía, de forma discrecional modificar el contrato antes o durante la ejecución del mismo. No obstante había que entender que si se habían establecido límites materiales a las modificaciones indi-

cadás. En el artículo 52 del Pliego de Condiciones de 1903⁴⁴⁸ se indica que se rescindirá la contrata en los siguientes casos: a) cuando las modificaciones indicadas en el art. 46 afecten a la explanación, a las distancias de transporte de los materiales o a otros elementos que hagan variar los precios de las unidades de obra y alteren el presupuesto de la contrata, por exceso o por defecto, en un 10 por 100 por lo menos, y b) cuando no afectando dichas modificaciones a la explanación ni a otros elementos que hagan variar los precios de las unidades de obra, se altere el presupuesto, cuando menos, en una quinta parte por exceso o por defecto. Por tanto, como consecuencia de rebasar estos límites el adjudicatario podía solicitar la rescisión del contrato.

En este sentido es clara la jurisprudencia, cuando, por ejemplo, la Sentencia de 10 de octubre de 1908 afirma:

«Si bien es cierto, en principio, que la Administración no puede modificar los contratos que celebra, a no ser que la novación se halle autorizada por la Ley, o se haya acordado con las mismas formalidades y garantías a que se ajustara su celebración, tampoco puede negarse en absoluto, sin grave riesgo, la facultad de la Administración para modificar un contrato, siempre que las necesidades públicas aconsejen la novación».

Para situarnos históricamente, hay que recordar que en aquel momento, principios del s. XX, como anteriormente hemos adelantado, no había una clara separación entre las bases conceptuales de los contratos. El propio JORDANA DE POZAS, en la introducción a la obra de ÁLVAREZ GENDÍN, *Los Contratos Públicos*⁴⁴⁹, indica que aun en ese momento existía una construcción jurídico-privada de los contratos difícil de desvirtuar, exponiendo con claridad:

«Por ese camino hemos llegado a la conclusión de que los contratos civiles, y los hasta ahora denominados administrativos, se rigen por leyes distintas, revisten formas diferentes, dan lugar a una situación respectiva de los contratantes fundamentalmente diversa, persiguen fines propios de cada uno, son aplicados por jurisdicciones separadas y producen efectos radicalmente desemejantes. ¿Qué resta, pues, de común entre ellos? No otra cosa que el nombre genérico y la dificultad de sustituir una técnica dos veces milenaria. (...) Llegados a este punto, solamente cabían dos caminos: negar que se tratase de contratos o afirmar que estos contratos eran totalmente ajenos al Derecho privado. Esta viene a ser la actitud del Profesor Gendín y esa la importancia de este libro en la evolución doctrinal española sobre la materia. Es su parecer que urge rectificar las denominaciones, estableciendo la separación entre los contratos públicos y los privados y reservando la de contratos administrativos para todos aquellos en que la Administración es una de las partes,

448. En un sentido similar se expresan normas posteriores, por ejemplo: el Pliego de 1911, art. 94, y RD de 25 de octubre de 1912.

449. ÁLVAREZ GENDÍN, Sabino, *Los Contratos Públicos*, 1ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1934.

ya sean públicos, ya privados. La aceptación de esta nueva terminología produciría, sin duda, una mayor claridad»⁴⁵⁰.

Efectivamente, el propio ÁLVAREZ GENDÍN intenta explicar la situación creada haciendo partícipe a la Administración por las modificaciones que podrían resultar. En este sentido señala dicho autor:

«La situación individual del derecho de los particulares en cuanto haya de por medio un contrato administrativo-mejor dicho, público-, es menos estable que la situación individual nacida de los contratos civiles por estar supeditada al imperio de los intereses públicos. Renard acusa la inestabilidad de esas situaciones individuales administrativas, no sólo por lo que respecta a las situaciones legales, la del funcionario, la del contribuyente, la del ciudadano, sino por las relativas a las propias situaciones subjetivas administrativas nacidas de contratos, concesiones, autorizaciones; pero es que podemos agregar, si las situaciones individuales jurídicas de carácter privado son inestables ante la idea del interés público, -verbigracia, la propiedad, susceptible de expropiación, de servidumbre pública, de destrucción para interés público, éste en caso de los objetos insanos-, con mucha más razón jurídica las obligaciones contractuales de fines administrativos son revisables o anulables. Suponiendo que un interés público reclame una anulación o modificación de la relación contractual, se llevará a efecto respetando aquellos otros derechos a que se crea acreedora la parte que convino con la Administración y que sustituya a los nacidos del contrato. De suerte que el interés público puede reclamar una inestabilidad del vínculo contractual con evidente perjuicio para el poseedor de una situación jurídica individual, aun cuando la Administración por el momento se vea perjudicada económicamente, o tenga que desprenderse de bienes o desprenderse de numerario. Todo ello es consecuencia del lugar en que obra la Administración, que lo hace en un plano o nivel superior, en una posición privilegiada con respecto al particular contratista»⁴⁵¹.

Trasladadas a nuestra materia de estudio las normas aplicables de la época resulta interesante el que se asuma con toda nitidez cual es la situación de la Administración en la relación contractual. De esta forma, ÁLVAREZ GENDÍN indica que:

«Esencialmente se diversifican los contratos públicos de los privados o civiles porque los primeros son caracterizados virtualmente por un *imperium* que los puede destruir, anular o modificar, dejando sin efecto la relación bilateral, quedando sustituido el interés privado convenido por una indemnización, al igual que sucede en la transmisión de la propiedad, forzosamente, por lo que en Derecho administrativo se llama expropiación, si bien para esto se precisa la previa declaración de utilidad pública, y en el contrato público esa utilidad nace desde que se perfecciona. Lo único que se precisa demostrar es el interés superior para la modificación, anulación, ampliación del contrato, en suma, alterando su *statu quo*. Siendo superior, ya hay utilidad pública, porque el propio contrato es público en cuanto verse sobre un objeto o para un fin público»⁴⁵².

450. ÁLVAREZ GENDÍN, Sabino, *Los Contratos...*, *op. cit.*, pp. XV y XVI.

451. ÁLVAREZ GENDÍN, Sabino, *Los Contratos...*, *op. cit.*, p. 22.

452. ÁLVAREZ GENDÍN, Sabino, *Los Contratos...*, *op. cit.*, pp. 43 y 44.

Tal y como se desprende del texto, la declaración de utilidad pública y la perfección del contrato están necesariamente unidas, por lo que será el interés general la base idónea para la justificación de la modificación del contrato. Esta idea de única dirección basada en ideas importadas de Francia, y más en concreto del Consejo de Estado francés como instrumento vehicular de inspiración doctrinal, son las que intentan ajustarse a la situación legal española desde la idea que ÁLVAREZ GENDÍN expone del interés general en relación con los contratos públicos, que no es otra que la de que el interés general debe inspirar y obligar a la Administración a modificar sus contratos administrativos. En este sentido dicho autor es muy conciso al explicar la revisión de los contratos que la «Administración debe revisar los contratos que para fines y servicios públicos celebre, aun con perjuicio económico, si aquéllos o la mejor prestación de éstos lo requiere, para obviar la rescisión a que tengan derecho los particulares y, por tanto, el incumplimiento o la interrupción respectiva de unos y otros (...)»⁴⁵³. En definitiva, se defiende incluso un beneficio especial en favor del contratista siempre y cuando en función del interés general se preste un servicio adecuado o, por ejemplo, la ejecución de una obra así lo precise.

Así, el art. 1 del texto articulado de la LCE de 8 de abril de 1965 quiere diferenciar de forma taxativa que los contratos que tengan por objeto directo, la ejecución de obras, la gestión de servicios del Estado o la prestación de suministros al mismo estarán sometidos al Derecho administrativo, a los que en sucesivas modificaciones de dicha LCE también se añaden los de contenido patrimonial, de préstamo, depósito, transporte, etc.

II. INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

Entre nosotros, el art. 127 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, de 9 de enero de 1953, puede considerarse la primera norma que recoge de forma indubitada el equilibrio económico del contrato. Este artículo establecía que la Corporación concedente deberá «... mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual: a) Compensará económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordene introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución...»⁴⁵⁴.

453. ÁLVAREZ GENDÍN, Sabino, *Los Contratos...*, op. cit., p. 71.

454. Desde la doctrina francesa se había introducido la teoría de la «imprevisión», teoría que en nuestro Derecho tenía mal ajuste. Es por ello por lo que CARRETERO PÉREZ (CARRETERO PÉREZ, Adolfo, «El contrato administrativo ante la nueva Ley de Bases

Posteriormente, la LCE mantuvo las *querencias* doctrinales que hasta la fecha se habían defendido estableciendo en su art. 74:

«La Administración **podrá modificar por razón de interés público** las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios. **Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al empresario de manera que se mantengan en equilibrio los supuestos económicos** que presidieron la perfección de aquél».

El supuesto que se presenta, –por eso existía obligación de indemnizar en la normativa del momento–, se entiende que es aplicable para aquellos casos en los que la Administración modificaba el contrato de acuerdo con una observancia distinta a la pactada en los Pliegos; esto es, si era conocida la posibilidad de modificación y extremos de la misma por quienes licitaron, y a la postre se convierten en adjudicatarios, es evidente que en caso de una modificación en tal extremo no nos encontramos ante una novación del contrato, sino de una simple y posible modificación pactada. Ahora bien, si la modificación se establece como causa de instrumentos externos al origen de la perfección del contrato, en ese caso pueden ocurrir dos opciones: a) Que la modificación se realice mediante pacto entre las partes, es decir, introduciendo cambios en los elementos no esenciales del vínculo obligatorio, hecho que no conlleva mayores problemas porque adjudicador y adjudicatario han pactado y consentido la nueva modificación, lo que no supone una auténtica novación del contrato pactado. En este supuesto existe una variante, que Poder adjudicador y adjudicatario, mediante pacto o acuerdo, decidiesen modificar el contrato afectando a los elementos esenciales del mismo, pues bien, en ese caso nos encontraríamos ante un caso de claro de *animus novandi* consistente en que por acuerdo de las voluntades el mismo tendría como fin u objeto la extinción de la obligación originaria y la constitución de otra nueva que la sustituye,

de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963», *RAP*, n° 45, septiembre-diciembre, 1964, pp. 181 y 182), afirmaba que nuestra normativa no podía derivar en una imprevisión sino de una legislación intervencionista; en este sentido, expone como normas precursoras del principio de equilibrio económico la Ley de 17 de abril de 1945 (desarrollada por la Orden de 3 de octubre de 1945) y el reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953 (podría consultarse también en este sentido la Sentencia de 29 de mayo de 1951 y el Dictamen del Consejo de Estado de 14 de julio de 1948, exp. 3.717). De todas formas, como señaló en su momento GÓMEZ-FERRER MORANT (GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, «Legislación estatal en materia de precios y concesiones de las corporaciones locales», *RAP*, n° 84, septiembre-diciembre, 1977, p. 298) la incorporación a nuestro Derecho presentaba como particularidad el que comprendía el mantenimiento del equilibrio financiero, no sólo la participación en las pérdidas, instrumentándose a través de una revisión del sistema de retribución.

acción, que como más adelante aclararemos, no está permitida para los contratos administrativos; b) Que la modificación se intente llevar a cabo por imposición de la Administración, de forma unilateral y como consecuencia de su posición privilegiada, hecho que conllevaría la posible indemnización al adjudicatario en los extremos que legalmente se determinasen. Con la legislación del momento, se trataba de un claro caso en el que el ritual de formalidades debería repetirse, produciéndose una modificación sustancial del contrato caso en el que se debería realizar una nueva licitación. Como bien indicaba ALBI, en relación con la «novación contractual», el resultado de todo ello debería ser «un nuevo contrato sin relación alguna con el anterior, y, por eso, hemos afirmado, que en la contratación administrativa no existe la novación real, porque no pueden darse las condiciones necesarias para que un contrato sea alterado en su objeto, o en sus condiciones esenciales, subsistiendo la primitiva obligación»⁴⁵⁵. No existe la novación real para los contratos administrativos, idea que el propio ALBI defiende añadiendo que lo indicado debemos entenderlo así porque si se tiene en cuenta la «esencialidad de las formas, en los actos de este carácter, es evidente que no servirían de nada las garantías rituarías, establecidas por la ley, que se burlarían fácilmente alterando, después de la adjudicación, las obligaciones contraídas, con lo cual, simplemente anunciando una licitación en condiciones inasequibles, sería posible adjudicar a la persona con quien se estuviera confabulado, para después reformar el contrato, en la medida que se estimase conveniente».

En un sentido parecido FERNÁNDEZ DE VELASCO⁴⁵⁶ advierte que la «voluntad informa la contratación en lo civil, y a su gusto la moldea; al contrario, en las concesiones administrativas y en los contratos administrativos en general, la obra pública, el servicio público, parece como que se desprende de la voluntad de los sujetos que sirvieron de soporte al nacimiento de la relación jurídica, y que, adquiriendo obra y servicio una cierta existencia independiente, reaccionan contra toda voluntad in-

455. ALBI, Fernando, *Los Contratos Municipales*, Ed. Horizontes, Valencia, 1944, p. 307. Véanse al respecto las siguientes sentencias del Tribunal Supremo citadas por el propio ALBI: la de 12 de julio de 1873, 28 de septiembre de 1895, 10 de octubre de 1896, 5 de julio de 1898, 19 de febrero de 1903, 10 de octubre de 1908 y 12 de febrero de 1910.

Sin embargo, si revisamos el código civil en relación, por tanto, con los contratos privados, el art. 1203 –Modificación de las obligaciones– dispone: Las obligaciones pueden modificarse: 1º Variando su objeto o sus condiciones principales; 2º Sustituyendo la persona del deudor; y 3º Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor.

456. FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1945.

dividual, incluso contra la voluntad individual de quienes trabaron la relación jurídica que dio nacimiento a la obra pública y al servicio público».

Un antecedente histórico también importante fue el art. 128 del Reglamento General de Contratación del Estado –en adelante, RGCE–, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre⁴⁵⁷. En este artículo se indicaba:

«El contratista estará obligado a presentar un programa de trabajo en el plazo de un mes, salvo causa justificada, desde la notificación de la autorización para iniciar las obras, cuando se establezca expresamente en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Esta cláusula deberá figurar siempre que la total ejecución de la obra esté prevista en más de una anualidad. La Administración resolverá sobre él dentro de los treinta días siguientes a su presentación. **La resolución puede imponer al programa de trabajo presentado la introducción de modificaciones o el cumplimiento de determinadas prescripciones, siempre que no contravengan las cláusulas del contrato. (...)**».

Tal y como se puede observar en el texto, el programa de trabajo que el contratista presentaba podría sufrir modificaciones dentro de las directrices marcadas en la cláusulas contractuales. Con anterioridad, el Dictamen del Consejo de Estado de 1 de julio de 1971 (nº 37.611) ya había indicado que la modificación del contrato de trabajo o plan de obra impuesta unilateralmente por la Administración determinada la indemnización de los daños y perjuicios a que haya lugar. Es por ello por lo que el Consejo de Estado indica con suma claridad que la alteración de dicho programa o plan puede afectar a los presupuestos económicos de la contrata, deshaciendo el equilibrio de las partes, creado en virtud del peculiar mecanismo de formación del consentimiento mutuo en la contratación de Derecho público. En aquel momento, uno de los elementos esenciales para poder constatar si la Administración había modificado de forma unilateral el contrato era determinar si en su decisión existían elementos que de alguna forma configurasen los supuestos de fuerza mayor, es decir, imprevisibilidad, inevitabilidad e irresistibilidad. Efectivamente, si traemos a colación el principio de riesgo y ventura del contratista, de forma sencilla seremos capaces de deducir que dicho principio escapa a los márgenes legales que el contratista tiene la obligación de soportar la modificación unilateral de la Administración. Si se admitiese tal interpretación, se indica en el Dictamen, «se caería en el absurdo de estimar que los contratos administrativos no obligan más que a una de las partes, sin otras limitaciones que las impuestas por el

457. BOE nº 311 y 312 de 27 y 29 de diciembre de 1975.

interés público. El "riesgo y ventura del contratista" supone, de acuerdo con las normas generales de Derecho, que las obligaciones contractuales deberán ser cumplidas, atemperándolas, es cierto, a las alteraciones razonablemente impuestas por las circunstancias, pero sin que las nuevas circunstancias resulten más onerosas para el contratista, porque en este supuesto debe volver a restablecerse el equilibrio económico mediante las compensaciones que se estimen justas. Lo contrario vulneraría los principios generales de Derecho».

Efectivamente, la idea de la perfección de los contratos se proclama en el Derecho civil y se asumen en el ámbito de la contratación pública a raíz de dos artículos fundamentales. Nos estamos refiriendo, por un lado, al art. 1256 CC –Arbitrariedad unilateral en los contratos– que dispone que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes y, por otro lado, al art. 1258 CC –Efectividad de los contratos–, según el cual los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Desde esta perspectiva queda claro que las partes deben someterse a lo pactado y que por tanto, contraviniendo el contrato perfeccionado deben indemnizarse los daños y perjuicios causados. Es así que el *Damnum emergens* se admita en este momento como fórmula general de valoración del daño producido, mientras que el *lucrum cessans* o ganancia supuesta era mal asimilado por el legislador y la doctrina en materia de contratos públicos.

El artículo 163 –Modificación y sus efectos–⁴⁵⁸ del RDLeg 2/2000 de 16 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de las Ley de Contratos de las Administraciones Públicas⁴⁵⁹ –en adelante RDLeg 2/2000–, es clave para entender el tema que tratamos.

«1. La Administración **podrá modificar, por razones de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios**⁴⁶⁰.

458. En la versión de 22 de junio de 2000.

459. BOE de 21 de junio de 2000, n° 148.

460. Sobre este apartado puede consultarse, entre otros, los siguientes informes de la JCCA: *Informe 59/2000, de 5 de marzo de 2001*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Prórroga de un contrato de gestión de servicios públicos y posibles modificaciones del mismo; *Informe 52/2000, de 5 de marzo de 2001*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Prórroga de un contrato de gestión de servicios públicos y posibles modificaciones del mismo; *Informe 9/1999, de 30 de junio*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Posibilidad de prorrogar un contrato de gestión de servicio público para la gestión del servicio de agua potable como contraprestación a la realización de obras por la empresa adju-

2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.

3. En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica, el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos».

Resulta evidente, que en la evolución que subyace de los distintos conceptos contractuales que estamos tratando, se ha intentado normativamente que los intereses de las partes, del Poder adjudicador y del adjudicatario, queden equilibrados mediante la conciliación del interés general público, de la Administración, y el interés privado, del contratista o adjudicatario. ¿Cuál ha sido entonces la técnica de referencia para intentar conseguir este equilibrio? La contestación es sencilla: analizar caso por caso y determinar si se ha mantenido, tras la modificación, el equilibrio económico o equilibrio económico-financiero⁴⁶¹. De tal forma,

dicataria; Informe 47/1998, de 17 de marzo de 1999, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Prórroga del plazo de una concesión; Informe 38/1998, de 16 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Modificación del plazo de concesión de un servicio público municipal; Informe 18/1997, de 14 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Contratos de gestión de servicios públicos. Conceptos generales. Diversas cuestiones relacionadas con la prestación del servicio de abastecimiento de aguas y saneamiento en el ámbito de un contrato de gestión de servicios públicos.

461. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho...*, op. cit., p. 112, afirma que el principio fue formulado de forma clara por el Comisario de Gobierno L. Blum (en el asunto C. Française des tramways, de 11 de marzo de 1910): «Es de la esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas... Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión» (cfr. DE LAUBADÈRE, *Traité de Droit Administratif*, T. II, p. 33).

Resulta cierto que entre la doctrina francesa se asumió sin dificultad este principio. Efectivamente, JÈZE (JÈZE, Gaston, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Tomo V, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1950, p. 410) afirma que en «todo contrato de concesión de servicio público se halla una ecuación financiera, un equilibrio financiero», precisamente como consecuencia de la mismo caso expuesto por LAUBADÈRE de 1910. De esta forma, continua JÈZE, «...si eventos económicos imprevisibles alteran, en forma importante y definitiva, la economía del contrato de concesión, la ecuación financiera ya no existe definitivamente; el equilibrio financiero de la concesión se rompe definitivamente. Es necesario restablecer un equilibrio durable, reformando la ecuación financiera mediante una reducción de las cargas o un aumento de los ingresos. Esto importa la revisión del contrato de concesión».

si tenemos en cuenta que por exigencias de interés público la Administración puede hacer uso de su prerrogativa de *ius variandi*, en el mismo plano hemos de concluir que ésta se tendría que sustentar en un derecho de indemnización a favor del adjudicatario pues es éste último el que tiene que soportar el perjuicio económico. Es por ello que también se han tenido que equilibrar principios como el de riesgo y ventura, reconocido a favor de la Administración, desde las remotas normas sobre contratos del s. XIX, con otros a favor de los contratistas, como los supuestos de fuerza mayor o la revisión de precios.

La legislación vigente a raíz de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública⁴⁶² –en adelante, Ley 13/2003–, afecta de forma exclusiva al equilibrio económico en torno a la concesión de obras públicas, esto es, nos encontramos, grosso modo, ante contratos en virtud del cual el concesionario realiza una obra obteniendo el derecho a su explotación por un plazo determinado. Con la aprobación de esta Ley, y la introducción detallada del principio del equilibrio económico del contrato, como bien pone de manifiesto GÓMEZ-FERRER RINCÓN⁴⁶³, se intenta garantizar la continuidad de la prestación del servicio, pudiéndose observar una clara derivación del principio de riesgo y ventura hacia el principio de equilibrio económico.

Efectivamente, la propia Ley 13/2003, en su *Exposición de motivos* indica al respecto:

«La tercera nota clave es la atención prestada al significado y efectos del principio de equilibrio económico de la concesión. La tradición de nuestro derecho positivo, quizá habría que hablar con mayor propiedad de numerosos pliegos de condiciones, **ha consagrado, llamativamente en algunos casos, una interpretación del principio siempre favorable al concesionario**, hasta conseguir incluso que el riesgo del mismo desapareciera en ocasiones. Para que la concesión conserve su naturaleza, **el equilibrio económico contractual deberá recomponer** –cuando se altera por las causas tasadas que la Ley establece– **el marco definido y pactado entre la Administración y el contratista**, referencia obligada para determinar los riesgos y beneficios del concesionario. *El equilibrio deberá restablecerse, tanto si se ha roto en perjuicio como a favor del concesionario*, produciendo unos efectos más allá de lo que se considera deseable o tolerable para la credibilidad de la institución y para el interés público, sin que por ello se elimine el interés del concesionario.

En la línea anterior **un incremento de la demanda de la utilización de la obra de carácter extraordinario**, que fuera más allá de las previsiones del plan econó-

462. BOE de 24 de mayo de 2003, nº 124.

463. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, Rafael, «El régimen económico del contrato de concesión de obra pública», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Dir. Rafael Gómez-Ferrer Morant, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 1257.

mico-financiero concesional, debe fundamentar los oportunos ajustes para evitar que el usuario, al que corresponde en última instancia la financiación total o parcial de la inversión realizada y el pago de la explotación de la obra, soporte un peaje o un canon desproporcionados, con quebranto manifiesto de la equidad. Para ello se prevé, en virtud de lo dispuesto por el nuevo artículo 233.1.d) de la **Ley de Contratos de las Administraciones Públicas**, que el concesionario quede contractualmente comprometido, con arreglo a su propia oferta, con un nivel mínimo y otro máximo de rendimientos totales para Ley 13/2003, de 23 mayo cada concesión, de suerte que, si no se alcanzara el primero o se superara el segundo durante el período que en cada caso se determine, procederá la revisión del contrato. En su virtud, se incorporan al propio contrato los términos de revisión del mismo por las variaciones que se produzcan en los rendimientos derivados de la utilización de la obra [artículo 248.2.c)]. Con ello se asegura, a la vez, la justa retribución del esfuerzo y riesgo empresariales y el sacrificio razonable del usuario de la obra pública. En definitiva, 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».

La característica más sobresaliente de las intenciones vertidas en la *Exposición de motivos* de la Ley 13/2003 es sin duda la intención de restablecer el equilibrio económico «tanto si se ha roto en perjuicio como a favor del concesionario».

Ya dentro del articulado de la Ley 13/2003, se reconoce en el art. 242.b) LCAP como derecho del concesionario, el derecho al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión en la forma y con la extensión prevista en el artículo 248 LCAP. En la regulación del art. 248 LCAP se ha intentado repartir o compensar aquellas circunstancias que, en un principio, tal y como se ha ido pudiendo comprobar a lo largo del presente estudio, sólo quedaban sustanciadas en torno al principio de riesgo y ventura que debía soportar de forma íntegra el contratista hasta la traslación por el legislador a la normativa de contratos del principio de equilibrio económico. En este sentido hay que indicar que la doctrina está de acuerdo con esa forma de plantearse los rendimientos contractuales, es decir, en que el riesgo y ventura excesivo debe ser distribuido por ambas partes (*vid.*, por ejemplo a VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA⁴⁶⁴).

La nueva idea sobre el equilibrio económico del contrato aparece desarrollada en firme con la modificación de la LCAP mediante la aprobación de la Ley 13/2003; al tema dedica el art. 248 –Mantenimiento del

464. VILLAR PALASÍ, José Luis, y VILLAR EZCURRA, José Luis, «El principio de riesgo y ventura», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Dir. Rafael Gómez-Ferrer Morant, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 558.

equilibrio económico del contrato⁴⁶⁵-, que dispone lo siguiente para el supuesto específico de concesión de obras públicas:

«1. El contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las condiciones de explotación de la obra.

b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 144 de esta Ley.

c) Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en los artículos 230.1.e) y 233.1.d) de esta Ley.

3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la ampliación o reducción del plazo concesional, dentro de los límites fijados en el artículo 263, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. En el supuesto de fuerza mayor previsto en el apartado 2.b), la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquélla no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación».

El contenido de este artículo, y en concreto del art. 248.2 LCAP, como ya hemos comentado, supuso una novedad importante con respecto a la legislación anterior. No obstante con anterioridad a la Ley 13/2003 podemos encontrar legislación que sirvió de base para las novedades introducidas, como ya hemos comentado al referirnos al Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, de 9 de enero de 1953, a la LCE y a la LCAP. Otra importante aportación fue la introducida en el art. 24 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de conservación, construcción y explotación de las autopistas de peaje en régimen de concesión⁴⁶⁶, se dispone que:

«1. El Gobierno, a propuesta del Ministro de Obras Públicas, podrá modificar,

465. La Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, añadió un nuevo Título V al Libro II de la LCAP entre cuyos artículos se encontraba el presente que se analiza.

466. BOE de 11 de mayo de 1972, nº 113.

por razón de interés público, las características de los servicios contratados y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, **con informe previo del de Hacienda si las modificaciones afectan al régimen económico-financiero de la concesión.**

2. En este último supuesto, la Administración deberá compensar al concesionario de forma que se mantenga su equilibrio económico-financiero; si las modificaciones expresadas carecen de trascendencia económica, no podrá aquél deducir reclamación alguna al respecto».

En el apartado 2º sólo, tal y como señala VARCÁRCEL FERNÁNDEZ⁴⁶⁷, sólo se admitía el restablecimiento de forma unidireccional al favor del concesionario. Con posterioridad, este 2º apartado fue modificado por el art. 76 de Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social⁴⁶⁸, quedando redactado de la siguiente forma:

«2. En este último supuesto y mediante las correcciones necesarias, **se procurará de nuevo el equilibrio económico-financiero de la concesionaria** de modo que, considerando los parámetros objetivos previstos en el plan económico-financiero, **resulten compensados el interés general y el interés de la empresa explotadora**».

La modificación de este apartado, aún vigente, tal y como puede observarse, ya concibe como solución una ponderación, en su caso, del interés de la Administración y de la concesionaria, intención que es uno de los hitos de origen de la posterior redacción que se establece en la Ley 13/2003.

Y, finalmente, también queremos hacer mención al Decreto de 17 de junio 1955, por el que se aprueba el Reglamento de servicios de Corporaciones Locales⁴⁶⁹, en cuyos artículos 127 y 128⁴⁷⁰ se establece el régimen aplicable al concesionario. De esta forma, el art. 128.3 dispone que:

«Serán derechos del concesionario:

(...) 2º. **Obtener compensación económica que mantenga el equilibrio financiero de la concesión** en los casos en que concurra cualquiera de las circunstancias a que se refieren los números 2º, 3º y 4º del párrafo 2 del artículo anterior».

467. VARCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, «Actuaciones previas y adjudicación del contrato de concesión de obras públicas. Disposiciones generales 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 12ª y 13ª», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Dir. Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 1195.

468. BOE de 30 de diciembre de 2000, nº 313.

469. BOE de 15 de julio de 1955, nº 196.

470. Artículo que hemos de recordar que está Derogado en lo que se oponga por disp. derog. única.1 f) de Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Y el art. 127, por reenvío del párrafo segundo, que indica⁴⁷¹:

«2. La Corporación concedente deberá:

(...) 2º. **Mantener el equilibrio financiero de la concesión**, para lo cual:

a) Compensará económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyen la retribución; y

b) revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión⁴⁷².

3º Indemnizar al concesionario por los daños y perjuicios que le ocasionare la asunción directa de la gestión del servicio, si éste se produjere por motivos de interés público independientes de culpa del concesionario.

4º Indemnizar al concesionario por el rescate de la concesión o en caso de supresión del servicio».

Hemos resaltado de forma evidente la letra b) porque en ella se puede apreciar que la ruptura de la economía de la concesión podría afectar tanto a la Administración como al concesionario. En este sentido podemos manifestar que se trataría del ejemplo más obvio mediante el cual se reconoce esa doble dirección sobre la cual podría repercutir los rendimientos mínimos, eso si, solamente en el supuesto de concurrencia de «circunstancias imprevisibles o sobrevenidas». En este sentido, es una contante en la jurisprudencia, como, por ejemplo, señala la STSJ de Madrid (nº 391/2006, de 3 de abril), que la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible conlleva la exigencia de que la ruptura de equilibrio financiero del contrato se debe a circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales e imprevistas y profundas que afecten grandemente a éste⁴⁷³.

Volviendo a las disposiciones normativas de la Ley 13/2003, se establecen tres situaciones respecto de las cuales es necesario restablecer el equilibrio económico del contrato por parte de la Administración. La primera de ellas se debe a los supuestos en los que la Administración necesite modificar, por razones de interés público, las condiciones de explotación de la obra. Es decir, se trata de actuaciones en las que se

471. Artículo que también hemos de recordar que está derogado en lo que se oponga por disposición derogatoria única 1 f) de Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

472. Es destacable el que esta letra b) haya permanecido invariable en el tiempo y desde un momento en el que la conceptualización y separación del principio de riesgo y ventura no estaba todavía tan evolucionada. Se trata, sin duda alguna, de la norma más antigua en materia contractual pública que en relación equilibrio financiero establece dicho principio.

473. *Vid.* también las SSTS de 30 de abril de 1999 y 30 de abril de 2001, entre otras.

aplica la prerrogativa de la Administración de *ius variandi*. La Administración la puede llevar a cabo teniendo presente que el mantenimiento del servicio público debe prevalecer en todo caso sobre lo pactado con la concesionaria en origen y que de alguna forma situaría a la concesionaria en una posición de pérdidas económicas no admisibles que provocarían que la economía de la concesión quebrase. La segunda, se centra en causas de fuerza mayor –las que se indican en el art. 144– o actuaciones de la Administración que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. No se trata, como fácilmente puede interpretarse, de cualquier manifestación del concepto jurídico de fuerza mayor, sino solo aquella conceptuada o caracterizada como determinante para provocar la ruptura del equilibrio económico de la concesión, por lo que hemos de entender habría que analizar caso por caso para poder valorar y los supuestos de causa mayor, tal y como de contemplan en el art. 144 han roto realmente y de forma inequívoca el equilibrio económico de la concesión, para lo cual, el legislador, utiliza otro término muy importante, «de forma directa», lo que indica una relación de causalidad entre el hecho y el daño producido. Y la tercera, que señala como supuestos aquellos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en los artículos 230.1.e) y 233.1.d). El sentido de este precepto es un tanto complejo. El art. 230.1.e) indica:

«Artículo 230. Pliegos de cláusulas administrativas particulares. 1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de concesión de obras públicas deberán hacer referencia, al menos, a los siguientes aspectos y a aquellos que se contienen en el artículo 232.1 de esta Ley:

e) Sistema de retribución del concesionario en el que se incluirán las opciones posibles sobre las que deberá versar la oferta, así como, en su caso, **las fórmulas de revisión de precios durante la ejecución de las obras y de actualización de costes durante su explotación**, todo ello con referencia obligada a su repercusión en las correspondientes tarifas en función del objeto de la concesión.».

Mientras que el 233.1.d) dispone:

«Artículo 233. Contenido de las proposiciones.

1. Las proposiciones de los licitadores deberán versar sobre los extremos exigidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares que serán cuando menos los siguientes cuando se trate de **concesiones de construcción y explotación de obra pública**:

(...) d) **Plan económico-financiero de la concesión que incluirá**, entre los aspectos que le son propios, **el sistema de tarifas, la inversión y los costes de explotación y obligaciones de pago y gastos financieros, directos o indirectos, estimados**. Deberá ser objeto de consideración específica la incidencia en las tarifas, así como en las previsiones de amortización, en el plazo concesional y en otras varia-

bles de la concesión previstas en el pliego, en su caso, de los **rendimientos de la demanda de utilización de la obra y, cuando exista, de los beneficios derivados de la explotación de la zona comercial, cuando no alcancen o cuando superen los niveles mínimo y máximo, respectivamente, que se consideren en la oferta.** En cualquier caso, si los rendimientos de la zona comercial no superan el umbral mínimo fijado en el pliego de cláusulas administrativas, dichos rendimientos no podrán considerarse a los efectos de la revisión de los elementos señalados anteriormente».

En el art. 230.1.e) admite la posibilidad de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de concesión de obras públicas deberán hacer referencia las fórmulas de revisión de precios durante la ejecución de las obras y de actualización de costes durante su explotación, por lo que se trata en todo caso de asegurar al concesionario unos rendimientos mínimos aceptables que no hagan peligrar en sentido estricto la concesión, aspecto este muy importante respecto del cual podemos afirmar, junto con GÓMEZ-FERRER RINCÓN⁴⁷⁴, que la inserción legal del principio de equilibrio económico no puede ser considerado un seguro que de alguna forma garantice la obtención de un beneficio normal de mercado. Muy al contrario, el concesionario deberá asumir determinadas fluctuaciones que mucho tienen que ver con su actuación correcta y negligente en la administración de la concesión. Es por ello por lo que esta regulación específica marca niveles mínimo y máximos en favor del concesionario o de la Administración, para que no anulen precisamente, como siempre ha ocurrido, el riesgo del negocio de la concesión, pues de lo contrario se eliminarían de forma evidente todas las desfavorables eventualidades que planean sobre cualquier negocio, y que de forma básica se circunscriben a la demanda por los ciudadanos de la utilización de la obra objeto de la concesión.

En cuanto a las disposiciones contenidas en el art. 233.1.d) hemos de señalar que nos encontramos ante la regulación de los umbrales de rentabilidad que se consideran, tanto en su zona mínima como máxima, como previsibles en la explotación de la concesión, de modo que quedaría repartido de forma equitativa entre Administración y adjudicatario las fluctuaciones con las que identificamos el riesgo imprevisible. No obstante, y ante esta novedad que aportó la Ley 13/2003, se incluye la regulación en el art. 239 del principio de riesgo y ventura aunque únicamente para la ejecución de las obras, y ello, con la intención premeditada, tal y como advierten VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA⁴⁷⁵, de cumplir con las exigencias de la Directiva 93/37 y con la que se indica en la

474. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, Rafael, «El régimen económico...», *op. cit.*, p. 1275.

475. VILLAR PALASÍ, José Luis, y VILLAR EZCURRA, José Luis, «El principio...», *op. cit.*, p. 559.

Comunicación Interpretativa de la Comisión 2000/C21/02 en donde se vincula la concesión de obra a ese principio. De esta forma, se establece como parámetros sujetos a riesgo y ventura conforme al art. 239: a) las obras se construirán a riesgo y ventura del concesionario salvo para aquella parte de la obra que pudiera ser ejecutada por cuenta de la Administración, es decir, siguiendo las pautas establecidas en el art. 236 en lo que se refiere a que parte de las obras pueden ser ejecutadas «con ayuda de la Administración», bien mediante la ejecución por su cuenta de parte de la misma, o bien en su financiación parcial; b) en el supuesto de retraso, y para el caso de que éste fuese debido a fuerza mayor o a causa imputable a la Administración concedente, el concesionario tendrá derecho a una prórroga en el plazo de ejecución de la obra y correlativa y acumulativamente en el plazo de concesión; y c) si la concurrencia de fuerza mayor implicase mayores costes para el concesionario a pesar de la prórroga que se le conceda, se procedería a ajustar el plan económico-financiero.

Volviendo al apartado d) del art. 233.1, parece evidente que el Plan económico-financiero de la concesión también incluirá el sistema de tarifas, la inversión y los costes de explotación y obligaciones de pago y gastos financieros, directos o indirectos estimados, lo que supone tener que adelantar también una estimación, respecto de la cual tendrán que estar de acuerdo las partes, Administración y concesionario, en cuanto a los rendimientos de la demanda de utilización de la obra y, cuando exista, de los beneficios derivados de la explotación de la zona comercial. Necesariamente estas estimaciones necesitan plasmarse, como antes hemos adelantado, es unas estimaciones que supongan unos techos o niveles que tienen que ser establecidos en su cuantificación mínima y máxima, respectivamente, que se consideren en la oferta. Asimismo, se indica en el precepto, si los rendimientos de la zona comercial no superan el umbral mínimo fijado en el pliego de cláusulas administrativas, dichos rendimientos no podrán considerarse a los efectos de la revisión de los elementos señalados con anterioridad. Por tanto, los niveles mínimos sirven de parámetros para restablecer el equilibrio económico en favor del concesionario –incrementando, por ejemplo, las tarifas (art.246.3 LCAP) o los plazos estipulados para la concesión, según lo dispuesto en el pliego de cláusulas administrativas particulares–, mientras que superados los niveles máximos, la aplicación del principio de equilibrio económico se debe aplicar en favor de la Administración.

Gráficamente –*vid.* Anexo I, Gráfico 1– es como si se hubieran establecido tres situaciones reales perfectamente diferenciadas: a) una cen-

tral, o zona neutra pactada, que es el principal objeto del acuerdo entre Administración y concesionario, en la cual se podrían producir variaciones al alza o a la baja sin que repercutiera de forma directa o indirecta en la Administración, b) una zona inferior, o de mínimos, que supone que una vez traspasada la Administración debe repartir el riesgo o pérdidas que sufre el concesionario con éste; y una zona superior, o de máximos, en la cual se producen unos beneficios que superan el máximo establecido en el Pliego, situación que tiene que dar lugar necesariamente a un reparto de los mismos siguiendo la bilateralidad en los efectos que produce el principio de riesgo y ventura. De no ser así, como por ejemplo, se manifiesta en la Sentencia nº 10269/2011 de 5 julio del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), el equilibrio financiero dejaría de ser una fórmula excepcional y, por tanto, «no puede aplicarse de forma indiscriminada de modo que sea una garantía ordinaria de los intereses del contratista, como si se tratase de un seguro gratuito que cubre todos los riesgos de la empresa. Por otra parte, es requisito esencial la imprevisibilidad del acontecimiento, tal y como señala la STS de 9 de diciembre de 2003».

Llegados a este punto, como bien pone de manifiesto GÓMEZ-FERRER RINCÓN⁴⁷⁶, hemos de afirmar que tal y como se ha legislado la concesión del contrato de obras, la LCAP va más allá de la teoría que en un principio se mantuvo en torno al principio de riesgo imprevisible. En efecto, el principio de equilibrio económico hemos de entender que es un principio situado en un peldaño más evolucionado que el principio de riesgo imprevisible por cuanto no solamente tiene en cuenta acontecimientos sobrevenidos que de alguna forma crearan una ruptura en el contrato de concesión y por tanto, el fin, podría estar relacionado por las aportaciones de capitales en mayor medida desde la esfera privada. Es más, ni siquiera aborda el art. 248, como indica GÓMEZ-FERRER RINCÓN, el riesgo imprevisible. Nuestra opinión es que por lo general la mayor parte de los «riesgos imprevisibles» lo son en cierta medida –incluso el tratamiento de ciertos riesgos hipotéticos y futuros podrían incluirse en las cláusulas administrativas, alcanzando una calificación en ese caso más correcta de «riesgos improbables pero posibles»–, por lo que una vez establecidos los umbrales máximos y mínimos, y llegando ambas partes a un acuerdo sobre tales extremos, sería la Administración la que debiera soportar un riesgo por debajo del umbral mínimo estipulado, restableciéndose de esta forma el equilibrio económico del contrato, nudo gordiano que se plantea y que hemos de resolver de forma inequi-

476. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, Rafael, «El régimen económico...», *op. cit.*, p. 1285.

voca en favor del concesionario; y esto entendemos que debe ser así porque como tradicionalmente ha defendido la doctrina en cuanto a la separación teórica entre fuerza mayor y riesgo imprevisible, mientras respecto a la primera no existe posibilidad material de cumplir la obligación, respecto a la segunda, la posibilidad física y material de la obligación se hace tan gravosa al concesionario que la hace imposible cumplir conforme al contrato pactado por causas sobrevenidas, teoría que como hemos señalado anteriormente tiene su origen en el famoso conflicto entre la ciudad de Burdeos y la compañía de gas que la abastecía y respecto del cual tuvo que pronunciarse el Consejo Francés en su *arrêt de 30 de marzo de 1916* en el sentido de que el Pliego de condiciones no podía subsistir íntegramente, puesto que la economía del contrato se había alterado totalmente y sin embargo era necesario que en aras del interés público se siguiera prestando el servicio pactado, para lo cual había que llegar a un acuerdo según el cual se debía indemnizar a la compañía suministradora en razón a las circunstancias extracontractuales en que la compañía estaba obligada a asegurar el servicio concedido.

III. REGULACIÓN ACTUAL

El último texto que regula los Contratos del Sector Público es el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público⁴⁷⁷ –en adelante RDLeg 3/2011–. Se va a partir de la regulación del equilibrio económico de los contratos de esta última norma y, en su caso, ver si se ha sustanciado alguna modificación digna de mención, sobre todo teniendo en cuenta la redacción original de la Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de los Contratos del Sector Público⁴⁷⁸ –en adelante Ley 30/2007–, y de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible⁴⁷⁹ –en adelante Ley 2/2011–, que también aportó algunas novedades al tema de la modificación de los contratos.

Hay cuatro artículos básicos en el RDLeg 3/2011 que debemos estudiar: el art. 249 (art. 245)⁴⁸⁰, el art. 250, el art. 258 y el art. 282.

477. BOE de 16 de noviembre de 2011, n° 276.

478. BOE de 31 de octubre de 2007, n° 261.

479. BOE de 5 de marzo de 2011, n° 55.

480. Con una regulación similar al art. 249 RDLeg 3/2011, el art. art. 245 –Derechos del concesionario– establece que los concesionarios tendrán los siguientes derechos: «b) El derecho al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, en la forma y con la extensión prevista en el artículo 258».

El art. 249 –Prerrogativas y derechos de la Administración– RDLeg 3/2011 ha quedado redactado de la siguiente forma:

«1. Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y con los efectos señalados en esta Ley, el órgano de contratación o, en su caso, el órgano que se determine en la legislación específica, ostentará las siguientes prerrogativas y derechos **en relación con los contratos de concesión de obras públicas**:

(...)

c) Restablecer el equilibrio económico de la concesión a favor del interés público, en la forma y con la extensión prevista en el artículo 258»⁴⁸¹.

Tal y como puede observarse, la Ley 30/2007 utilizó el mismo texto que la Ley 13/2003 había redactado en su art. 249, realizando un añadido en la parte final del párrafo 1º: «en relación con los contratos de concesión de obras públicas». Con ello se quiere recalcar que son derechos o prerrogativas exclusivas para el contrato de concesión de obra pública, puntualización que resulta evidente si entendemos la trascendencia e inserción legal de los mismos. Sobre el tema de los derechos y prerrogativas TORNOS MAS⁴⁸² realiza un apunte nada trascendente que aún con la nueva legislación vigente no se ha resuelto. En efecto, el apartado 2 del art. 249 RDLeg 3/2011 establece que respecto de las prerrogativas que se contienen en dicho artículo será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de las Comunidades Autónomas en los casos de interpretación, modificación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del concesionario... De ahí que sea necesario conocer qué son derechos y qué prerrogativas. Resulta obvio, como señala TORNOS MAS, que la prerrogativa se circunscribe a un «poder unilateral atribuido a la Administración dentro de la relación contractual, poder que le permite incidir en el contenido de la relación bilateral», mientras que los derechos no son privilegios y se originan para las partes de la relación contractual.

El texto recoge los derechos y prerrogativas de la Administración aunque se echa en falta en el articulado, siquiera sea de forma didáctica,

481. El artículo tiene igual contenido que el art. 232 tal y como quedó modificado por la Disp. final 16.23 de Ley 2/2011 con la alusión a la numeración correspondiente de la numeración anterior, es decir, «... con la extensión prevista en el artículo 241» y con la redacción original de la Ley 30/2007, presentando una ligera variante respecto al art. artículo 249 –Prerrogativas y derechos de la Administración– del RDLeg 2/2000.

482. TORNOS MAS, Joaquín, «Derechos y obligaciones del concesionario y prerrogativas de la Administración concedente», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Ed. Civitas, Dir. Rafael Gómez Ferrer Morant, Madrid, 2004, p. 1247.

las obligaciones concretas a que está sujeta la Administración, hecho que si ocurre para el concesionario en el vigente art. 246 RDLeg 3/2011. No obstante lo indicado, en sentido inverso, se pueden deducir fácilmente las obligaciones a que la Administración se somete en la relación contractual. Es más, en el art. 194 –Enumeración– Ley 30/2007 (art. 210 RDLeg 3/2011, con idéntica redacción) se incluían como prerrogativas de la Administración Pública en los contratos administrativos la interpretación de los contratos administrativos, la resolución de las dudas que ofrezca su cumplimiento, la modificación de los mismos por razones de interés público y acordar su resolución y determinar los efectos de ésta, prerrogativas que, tal y como se puede observar, en algún caso coinciden de forma específica con las señaladas para el contrato de concesión de obra pública.

Por tanto, lo que el art. 249 RDLeg 3/2011 declara como un derecho o prerrogativa, llegado el momento, hemos de entenderlo claramente como una obligación, pues restablecer el equilibrio económico no es potestativo si se sobrepasa el umbral mínimo estipulado en el clausulado del contrato (situación que en este supuesto se concibe como un derecho del concesionario), sino que, en principio, es de obligado cumplimiento para la Administración, negación que trae consigo una serie de efectos jurídicos en favor del concesionario claramente deducibles. En el mismo sentido, si el umbral se rebasa por el máximo, la Administración estaría igualmente «obligada», aunque también se ha de concebir como un derecho en este supuesto, a restablecer el equilibrio económico en aras del interés público⁴⁸³. En efecto, restablecer el equilibrio económico de la concesión según lo estipulado en el art. 241.2.c) Ley 30/2007 –al margen, claro está, de las obligaciones que se desprenden en los supuestos de fuerza mayor, letra b)– (art. 258.2.c) RDLeg 3/2011, con idéntica redacción), es decir, cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en el apartado 4º de la letra c), y en la letra d) del artículo 115.1 (art. 131.1 RDLeg 3/2011).

Tratado el problema del restablecimiento del equilibrio económico de la concesión en su conjunto pueden surgir dudas importantes en cuanto a la obligación o prerrogativa de ostenta la Administración si, por ejemplo, como señala BERNAL BLAY, uno de los autores que mejor

483. TORNOS MAS, Joaquín, «Derechos y obligaciones...», *op. cit.*, p. 1248, finalmente llega a la conclusión, que nosotros compartimos, que sólo las letras a), b), d), f), i), h) y j) pueden considerarse como prerrogativas.

han tratado este tema como trabajo de su tesis doctoral⁴⁸⁴, pensamos en cómo y cuándo se debe determinar que existe una situación de desequilibrio entre las partes. A priori, sería conveniente pensar en que debería haber varios reajustes y en distintos momentos; cuando menos, en origen, al finalizar la ejecución de la obra, o cuando, *ex lege*, así lo determina el art. 258 RDLeg 3/2011 (art. 241 Ley 30/2007).

El siguiente artículo en estudio es el art. 250 RDLeg 3/2011 –Modificación de la obra pública– (art. 233 Ley 30/2007), según el cual se dispone:

«1. El **órgano de contratación podrá acordar**, cuando el interés público lo exija y si concurren las circunstancias previstas en el Título V del Libro I, la **modificación de la obra pública**, así **como su ampliación** o, si concurren las circunstancias previstas en el artículo 171.b), **la realización de obras complementarias directamente relacionadas con el objeto de la concesión durante la vigencia de ésta**, procediéndose, en su caso, a la **revisión del plan económico-financiero al objeto de acomodarlo** a las nuevas circunstancias.

2. **Toda modificación que afecte el equilibrio económico de la concesión se registrará por lo dispuesto en el artículo 258.**

3. Las modificaciones que, por sus características físicas y económicas, permitan su explotación independiente serán objeto de nueva licitación para su construcción y explotación».

El presente artículo tampoco presenta modificaciones sustanciales respecto a anteriores redacciones, ni de la Ley 30/2007, ni del RDLeg 2/2000.

Se contempla en él la prerrogativa respecto a la modificación de la obra pública, así como su ampliación o, si concurren las circunstancias previstas en el artículo 171.b), es decir, cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto ni en el contrato, o en el proyecto de concesión y su contrato inicial, pero que *debido a una circunstancia que no pudiera haberse previsto por un poder adjudicador diligente pasen a ser necesarias para ejecutar la obra tal y como estaba descrita en el proyecto o en el contrato sin modificarla y cuya ejecución se confíe al contratista de la obra principal o al concesionario de la obra pública de acuerdo con los precios que rijan para el contrato primitivo o que, en su caso, se fijen contradictoriamente*, siempre que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes al órgano de contratación o que, aunque resulten separables, sean

484. BERNAL BLAY, Miguel Ángel, *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas «paraconcesionales»*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 274 y ss.

estrictamente necesarias para su perfeccionamiento, y que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 50 por ciento del importe primitivo del contrato.

La primera cuestión importante que debemos señalar, dejando al margen las circunstancias previstas en el art. 171.b), es que se establece la modificación de la obra pública, así como su ampliación, pero nada indica sobre «su reducción». Entendemos que se refiere el artículo, con carácter general a obra construida, mientras que para los supuestos de reducción o supresión de los contratos de obras tendremos que seguir las pautas que se establecen en el art. 234.1 RDLeg 3/2011 (art. 217.1 Ley 30/2007).

Otro tema de interés es el que sugiere, en su caso, el acuerdo órgano de contratación cuando el interés público lo exija para la realización de obras complementarias directamente relacionadas con el objeto de la concesión durante la vigencia de ésta. Se trata, sin lugar a dudas, de obras que no requieren una contratación separada, para lo cual será suficiente con revisar el plan económico-financiero al objeto de acomodarlo a las nuevas circunstancias. Se presenta como una medida especial en tanto que no es precisa una nueva licitación para que se lleve a cabo una modificación de la parte de obra pública afectada, con la excepción que se incluye en el apartado 3, es decir, aquellas modificaciones que, por sus características físicas y económicas, permitan su explotación independiente serán objeto de nueva licitación para su construcción y explotación.

Finalmente, se dispone en el apartado 2, que toda modificación que afecte el equilibrio económico de la concesión se regirá por lo dispuesto en el artículo 258 RDLeg 3/2011. Veamos pues su contenido.

Dispone el art. 258 RDLeg 3/2011 –Mantenimiento del equilibrio económico del contrato– (art. 241 de Ley 30/2007, de 30 de octubre y 248 LCAP):

«1. El contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. La Administración **deberá restablecer el equilibrio económico del contrato**, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) **Cuando la Administración modifique**, por razones de interés público y de acuerdo con lo previsto en el título V del libro I, **las condiciones de explotación de la obra**.

b) Cuando causas de **fuerza mayor o actuaciones de la Administración** determinaran de forma directa la **ruptura sustancial de la economía de la concesión**. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 231.

c) Cuando se produzcan los **supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión**, de acuerdo con lo previsto en el apartado 4.º de la letra c), y en la letra d) del artículo 131.1.

3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, **el restablecimiento del equilibrio económico del contrato** se realizará mediante la adopción de las **medidas que en cada caso procedan**. Estas medidas podrán consistir en la **modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la reducción del plazo concesional, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato**. Asimismo, en los casos previstos en el apartado 2.b), y siempre que la retribución del concesionario proviniera en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios, **podrá prorrogarse el plazo de la concesión por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial**. En el supuesto de fuerza mayor previsto en el apartado 2.b), la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquella no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación».

No ha habido modificaciones sustanciales de texto con respecto a la última fase de la Ley 30/2007 si no es, claro está, la alusión a una numeración distinta recogida en el nuevo articulado.

Parece que el punto de partida esencial para determinar el equilibrio económico del contrato de concesión de obras públicas, como ya hemos manifestado en varias ocasiones a lo largo del presente estudio, son los acuerdos a los que finalmente llegaron Administración y concesionario a la hora de determinarse la adjudicación. En este sentido, la Administración se convierte en «juez y parte» respecto a la determinación del equilibrio económico, en contra del aforismo latino *nemo esse iudex in sua causa potest* (*nadie puede ser juez en propia causa*) –obviamente, con anterioridad a que se pueda reclamar en vía judicial–.

Se establece, al margen de quien es el encargado de restablecer el equilibrio económico, un acuerdo de bilateralidad entre Administración y concesionario, pues para un parte, la Administración, es necesario tener siempre presente el interés general y, para la otra, el concesionario, el suyo propio.

En este sentido es importante resaltar, a efectos prácticos, que la ruptura del equilibrio económico suele observarse, en la mayoría de los casos, en referencia a un período más o menos largo de tiempo, y como bien afirma VILLAR EZCURRA, y comparto, «(...) se hace necesario

articular una solicitud de restablecimiento del equilibrio no estática, de modo tal que refleje el desequilibrio existente en un momento determinado, así como los parámetros de ajuste necesarios para anualidades posteriores. Aspecto, este último, que no suele ser tenido en cuenta por las empresas concesionarias cuando formulan ante la Administración sus solicitudes de restablecimiento del equilibrio del contrato»⁴⁸⁵.

En el apartado 2, se dispone que Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, estableciéndose tres supuestos específicos.

El primero de ellos es cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo previsto en el título V del libro I, las condiciones de explotación de la obra. Se trata de una de las excepciones previstas en el art. 105.1 RDLeg 3/2011 y por tanto, la constatación del ejercicio por parte de la Administración de la *potestas variandi*. Como antes ya se advirtió, se trata de una prerrogativa de la Administración para salvaguardar el interés público dentro de los márgenes y garantías que en la Ley de contratos se establecen y que supone una matización especial al principio de riesgo y ventura del que ya nos hemos ocupado en su momento en el estudio.

Resulta claro que las actuaciones administrativas encaminadas a romper el principio *pacta sunt servanda* o en su caso *novaciones* legislativas tipo *factum principis*⁴⁸⁶ (que es como en origen se entendió la formación del principio en las relaciones contractuales públicas) dejan que los acuerdos contractuales queden alterados de tal forma que el concesionario carga con unas prestaciones onerosas que no tiene porqué soportar, es decir, al alterar la economía de la concesión la Administración le estaría imponiendo al concesionario condiciones no aceptadas respecto a las cláusulas contractuales pactadas, situación que debería, o bien seguir una línea directa indemnizatoria o bien compensatoria mediante el «reequilibrio» económico del contrato en favor del concesionario, y esto siempre y cuando la Administración motive y ampare debidamente las modificaciones en razones de interés público.

485. VILLAR EZCURRA, José Luis, «Algunas precisiones sobre el restablecimiento del equilibrio en las concesiones de obra pública», *Diario La Ley*, nº 7722, 25 de Octubre de 2011.

486. Por ejemplo, la aprobación de un nuevo reglamento que disponga nuevas obligaciones a los concesionarios, lo que conlleva a tener que «reequilibrar» la economía del contrato por causas indirectas que modifican el contrato.

Es sustancial el Dictamen del Consejo de Estado de 31 de octubre de 2002 (nº 1.598) que a propósito del *factum principis* señala:

«(...) la acción para obtener una compensación nacida del *factum principis* tiene naturaleza y fundamento extracontractual, aun cuando la compensación deba liquidarse en el seno del contrato en el que el *factum principis* ha incidido, como se puso de manifiesto en los dictámenes del Consejo de Estado números 46.172, 46.886, 31/92 y 32/92. La figura del *factum principis* "entraña un **sacrificio puro y simple de la posición material que el contrato administrativo precisamente aseguraba**» (ibídem).

Son requisitos para que proceda indemnizar la lesión causada al contratista mediante *factum principis* que el uso de las potestades públicas de *imperium* **resulte imprevisible y extraordinario teniendo en cuenta las circunstancias del contrato** (pues, como se dijo en el dictamen número 54.700 del Consejo de Estado, «no puede confundirse el riesgo o alea que normalmente corre a cargo del contratista y el fenómeno de nuevos elementos de hecho, extraños al contrato, que afectan a la relación contractual y alteran su curso normal»), **que se haya producido al contratista un daño cierto y especial** (dictamen del Consejo de Estado número 54.700, relativo a la concesión de la autopista Villalba-Villacastín-Adanero) y **que no existan otros mecanismos que permitan resarcir ese daño en el seno de la relación contractual** existente (por ejemplo, mediante la revisión de precios afectados por el acto de imperio). No cabe invocar el *factum principis* cuando la actuación de los poderes públicos está expresamente prevista en el contrato, y sus consecuencias determinadas en él».

Resumidamente, se especifican, sin necesidad de mayores comentarios, los requisitos para que proceda resarcir la lesión causada al contratista mediante *factum principis*.

En la letra b) del art. 258.2 RDLeg 3/2011 se hace referencia a las causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión⁴⁸⁷.

Veamos primero la aportación más espinosa del precepto, que no es otra que la de conocer qué actuaciones de la Administración determi-

487. No debemos confundir, como así lo reitera la jurisprudencia –*vid.*, por ejemplo, la STSJ de la Comunidad Valenciana 1577/2006, de 2 de octubre– el *factum principis* ni con el *ius variandi* (potestades de la Administración en orden a modificar las condiciones de un contrato en atención al interés general), ni con la concurrencia de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles y ajenas a la voluntad de los agentes públicos que de alguna forma pudieran alterar el equilibrio de las prestaciones (y que abre la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus). Desde esta perspectiva, el *factum principis* se identifica como una medida o conjunto de medidas administrativas generales que «(...) aunque no modifican el objeto del contrato, ni lo pretende, índice o repercute en el mismo habiéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste».

nan de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión, entendiendo por *sustancial*⁴⁸⁸ una ruptura relevante y con suficiente peso específico como para determinar que el concesionario solicite de la Administración el «reequilibrio» de la economía del contrato de concesión. De esta forma, hemos de recordar que la jurisprudencia es reiterada en afirmar, en relación con teoría del riesgo imprevisible, la exigencia de que la ruptura de equilibrio económico financiero del contrato se deba a circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que le afecten⁴⁸⁹. En concreto, si la acción de la Administración supone realmente la ruptura sustancial de la economía de la concesión, ha de entenderse que el restablecimiento tiene que ser total, mientras que si se debe a otras causas, tengamos que hablar de un «reequilibrio» imperfecto o parcial por cuanto debe estar condicionado a ser soportado por Administración y concesionario.

En diversas sentencias que versan sobre el desequilibrio económico-financiero –SSTS de 25 de abril de 2008 y 6 de mayo de 2008– se afirma con rotundidad que debe atenderse a las circunstancias de cada contrato en discusión para concluir si se ha alterado o no de modo irrazonable ese equilibrio contractual, para lo cual habrá que examinar la globalidad del contrato.

Se deduce que hay que entender que la casuística es muy diversa y que caso por caso habrá que ir determinando aquellos aspectos definitorios que ilustren sobre las rupturas sustanciales de la economía de la concesión.

Son varias e interesantes las sentencias que tratan el tema de la

488. Término introducido por la Ley 13/2003. Con anterioridad, por ejemplo, el art. 127.2.b) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

489. STS de 30 de abril de 2001 o S JCA de Tarragona 257/2010, de 20 de julio.

En este sentido y en cuanto a su relación con la ruptura del equilibrio económico se puede citar la SAN de 1 de diciembre de 2010, F. 5º: «(...) no hay disposición legal alguna que establezca umbrales fijos para la entrada en juego del principio del riesgo imprevisible como superador del riesgo y ventura como si fijaba el Decreto-ley 2/1964, de 4 de febrero al cifrarlo en el 2,5% del contrato, supuestos analizados en las sentencias esgrimidas. Y por ello la Sala de instancia tampoco lesionó la jurisprudencia invocada en lo que se refiere al límite cuantitativo del riesgo imprevisible. Considera que las cifras de incremento, 2,57% en presupuesto inicial, o 3,14% en el adicional con revisión de precios, se encuentran dentro de los márgenes razonables con relación al beneficio industrial, conclusión que no contradice la jurisprudencia invocada. Es cierto que en tal supuesto el beneficio del contratista es menor del esperado mas ello encaja en la doctrina del riesgo y ventura sin alterar frontalmente el equilibrio económico financiero que haría entrar en juego la doctrina del riesgo imprevisible».

«modificación sustancial» de los contratos. De esta forma, la Sentencia del TJUE de 5 de octubre de 2000, *Comisión de las Comunidades Europeas v. República Francesa*, As. C-337/98, estableció –apartado 44–:

«Así pues, procede examinar si las negociaciones iniciadas con posterioridad al 22 de septiembre de 1995 revisten características sustancialmente diferentes de las negociaciones anteriormente desarrolladas y si, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato, de manera que la aplicación de las disposiciones de la Directiva 93/38 pudiera estar justificada».

Siguiendo esta línea jurisprudencial el Tribunal de Justicia ha ido matizando cuando nos encontramos ante una modificación sustancial.

En la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 29 de abril de 2004, *Comisión de las Comunidades Europeas v. CAS Succhi di Frutta SpA*, As. C-496/99 P, estableció –apartados 93, 94 y 106– [tiene por objeto un recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Segunda) de 14 de octubre de 1999, *CAS Succhi di Frutta/Comisión* (asuntos acumulados T-191/96 y T-106/97, Rec. p. II-3181)] –apartados 93, 94, 106, 116 y 117–:

«93 Por otra parte, la Comisión alega que la sentencia recurrida es contradictoria en la medida en que prohíbe cualquier modificación posterior de las condiciones estipuladas en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, pero al mismo tiempo afirma que dicha institución debería haber iniciado un nuevo procedimiento de licitación, lo que habría supuesto necesariamente un cambio de las condiciones de licitación y, además, habría puesto en entredicho la confianza legítima de los adjudicatarios que ya hubieran ejecutado sus obligaciones contractuales.

94 Mediante su quinto y último motivo de casación, la Comisión sostiene que el Tribunal de Primera Instancia consideró erróneamente, en el apartado 80 de la sentencia recurrida, que en el momento de la adopción de la Decisión de 6 de septiembre de 1996 no existía ninguna indisponibilidad de manzanas que obligara a los servicios de la Comisión a prever una modificación de las condiciones de pago de los productos que los adjudicatarios debían suministrar, autorizando que se pudieran sustituir las manzanas previstas en la normativa aplicable por melocotones, a fin de permitir a las empresas seleccionadas cumplir sus obligaciones contractuales para con la entidad adjudicadora.

106 Más en particular, la Comisión sostiene que el Tribunal de Primera Instancia consideró erróneamente que el respeto del principio de igualdad de trato entre todos los licitadores implica que estaba obligada a atenerse rigurosamente a las condiciones de licitación tal como están enunciadas en el anuncio de licitación; que no podía modificar posteriormente, es decir, tras la adjudicación del contrato, las condiciones del procedimiento de licitación y especialmente las referidas a la oferta que debía presentarse, de una forma no prevista por el propio anuncio de licitación, y que, por tanto, si deseaba proceder a tal modificación, debía iniciar un nuevo procedimiento de licitación, que podía someterse en-

11. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

tonces a condiciones diferentes, pero que vinculaba de igual manera a todas las empresas participantes en dicho procedimiento.

116 Por consiguiente, si bien una oferta que no sea conforme a las condiciones estipuladas debe ser evidentemente descartada, la entidad adjudicadora tampoco está autorizada a alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente más tarde una de sus condiciones esenciales y, en particular, una estipulación que, si hubiese figurado en el anuncio de licitación, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente.

117 De ello resulta que, en una situación como la del caso de autos, la entidad adjudicadora no podía, tras la adjudicación del contrato y además mediante una decisión cuyo contenido deroga las estipulaciones de los reglamentos adoptados con anterioridad, modificar una condición importante de la licitación como es la relativa a las modalidades de pago de los productos que han de suministrarse».

Asimismo, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, *Nachrichtenagentur GmbH v. Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, As. C-454/06, estableció –apartados 34 a 37-:

«34 Con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 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 (vid., en este sentido, la sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C 337/98, Rec. p. I 8377, apartados 44 y 46).

35 La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada.

36 Asimismo, la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos. Esta última interpretación queda confirmada en el artículo 11, apartado 3, letras e) y f), de la Directiva 92/50, que impone, para los contratos públicos de servicios que tengan por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios que figuran en el anexo I A de esta Directiva, restricciones en cuanto a la medida en que las entidades adjudicadoras pueden recurrir al procedimiento negociado para adjudicar servicios complementarios que no figuren en un contrato inicial.

37 Una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial».

Finalmente se puede citar otra Sentencia más reciente, nos estamos refiriendo a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de abril de 2010, *Wall AG v. La ville de Francfort-sur-le-Main y Frankfurter*

Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, asunto C-91/08 –apartados 37 a 43–:

En esta sentencia, una de las preguntas que justifican el proceso es la siguiente: En caso de que se prevea modificar un contrato de concesión de servicios –incluido cuando esa modificación se refiera a la sustitución de un subcontratista concreto, sobre el que se hizo hincapié en la licitación–, ¿exigen las obligaciones de transparencia convocar una nueva licitación en relación con las negociaciones relativas a tal modificación, garantizando un grado de publicidad adecuado, y, en su caso, de acuerdo con qué criterios debería realizarse tal licitación?

Se contesta:

«37. Al objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de trato de los licitadores, las modificaciones sustanciales, introducidas en las disposiciones esenciales de un contrato de concesión de servicios, podrían exigir, en determinados supuestos, la adjudicación de un nuevo contrato de concesión cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato de concesión inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato.

38. La modificación de un contrato de concesión de servicios en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. (vid., por analogía, la sentencia presstext Nachrichtenagentur).

39. Un cambio de subcontratista, incluso cuando la posibilidad de hacerlo se contempla en el contrato, puede, en casos excepcionales, constituir tal modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de concesión cuando, habida cuenta de las características propias de la prestación de que se trate, el hecho de recurrir a un subcontratista en lugar de a otro haya sido un elemento determinante de la celebración del contrato, lo que, en todo caso, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar.

40. El tribunal remitente observa que, en el proyecto adjunto a la oferta que FES presentó al municipio de Fráncfort, aquella había indicado que utilizaría los «City-WC» de Wall. Según dicho órgano jurisdiccional, es probable que, en tal caso, se atribuyera a FES la concesión debido a la identidad del subcontratante que ésta había presentado.

41. Corresponde al órgano judicial nacional determinar si se dan las situaciones descritas en los apartados 37 a 39 de la presente sentencia.

42. En el supuesto de que, a la luz de dicha apreciación, el órgano jurisdiccional remitente infringiera que se da una modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de concesión, deberían adoptarse, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro interesado, todas las medidas necesarias para que el procedimiento volviera a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una

11. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pudiera tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que ésta fuera adjudicada.

43. *Por consiguiente, debe responderse a la tercera cuestión que, cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión inicial y, en consecuencia, demuestran la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate, todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pueda tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que ésta sea adjudicada».*

Desde las aportaciones doctrinales, por ejemplo, el Dictamen de la abogacía del Estado de 15 enero de 2009, señala que debe estimarse que «la aprobación de una nueva normativa técnica constituye una «actuación de la Administración» de las previstas en el artículo 241.2.b) de la LCSP, por lo que el concesionario tendrá derecho al restablecimiento del equilibrio económico cuando el cumplimiento de las nuevas obligaciones impuestas en dicha normativa técnica «determinara de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión»⁴⁹⁰.

De una forma singular, VILLAR EZCURRA⁴⁹¹ aporta, como supuesto individualizado, las causas originadas por decisiones de la Administración en que el concesionario realice mayores inversiones en una mayor cuantía a las establecidas previamente.

Desde la aportación de la jurisprudencia, veamos alguna sentencia interesante. Por ejemplo, la STS de 29 de mayo de 2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 3^a), F. 4^o, señala como causa de resta-

490. En el mismo Dictamen se llega a la conclusión, plenamente compartida, de que no cabe precisar a priori en qué casos una actuación determina de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión, por lo que habrá que estar para ello a las circunstancias de cada caso concreto. No obstante, considera elementos, entre otros, que debieran valorarse: a) Debe examinarse el plan económico-financiero en su conjunto y, en particular, deberían compararse: El volumen de inversión total (actualizado) así como los gastos de mantenimiento que soporta la concesionaria; El sobrecoste que, en inversión y mantenimiento, se produce a la concesionaria por las obras necesarias para la implantación, por ejemplo, de nueva normativa técnica. b) Tener en cuenta que para el contrato de obras, la doctrina y la jurisprudencia viene considerando que la Administración no debe restablecer el equilibrio económico por un sobrecoste en los precios no superior al 2,5% sobre el precio inicial (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2008, entre otras).

491. VILLAR EZCURRA, José Luis, «Algunas precisiones...», *op. cit.*

blecimiento del equilibrio económico del contrato, aquellos «supuestos en los que la adopción de *medidas de carácter económico y social, acordadas al margen del contrato*, y que tienen una repercusión negativa en su ejecución por hacerlo más oneroso para una de las partes, causando perjuicios concretos para el contratista o concesionario, determina el reconocimiento judicial de la obligación de la Administración, con base a razones de equidad, con independencia de la aplicación del procedimiento contractual de revisión de precios o tarifas, de mantener indemne el equilibrio de las prestaciones económicas, compensando o indemnizando por los daños y principios ocasionados» –la negrilla es nuestra–.

Otra sentencia de interés es la STS de 16 de mayo de 2011⁴⁹². De ella, y al efecto de nuestros intereses, se llega a la conclusión –F. 5º– que la Administración concedente de una obra pública no tiene que indemnizar al concesionario cuando las circunstancias de la ruptura del equilibrio de la economía de la concesión tienen lugar como consecuencia de la intervención de una Administración pública diferente a la concedente que, en ejercicio de sus competencias, ejecuta o mejora una infraestructura de su titularidad.

Finalmente, se va a hacer alusión a la STSJ de Madrid 609/2006 de 20 julio, por cuanto en su F. 6º, afirma con rotundidad que el «concepto jurídico indeterminado que contiene la expresión «equilibrio económico-financiero» de la concesión implica –tal como entendió ya el Consejo de Estado Francés en su ejemplar Arrêt de 11 de marzo de 1910 –«Cie. Française des Trammways»– la búsqueda, en la medida de lo posible, de «una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas», ventajas y obligaciones que «deben compensarse para formar parte de la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles», pues «en todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige», que «es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión». Por tanto, volvemos a insistir, cada caso concreto deberá analizarse de forma individualizada, teniendo en cuenta que las modificaciones en las obras, además de tener carácter excepcional y te-

492. A propósito de esta sentencia se pueden leer los comentarios de MORENO MOLINA, José Antonio, «Abandono del proyecto autopista Toledo-Ciudad Real-Córdoba y reequilibrio económico de la concesión de la autopista AP-41. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011», *Contratación Administrativa Práctica*, nº 111, septiembre, 2011.

ner que responder, por ejemplo, a necesidades nuevas o a causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborarse los proyectos, y por consiguiente, teniendo como base un interés público indiscutible, «...siempre deben de ser acordadas por la Administración, no pudiendo ser acordadas por el concesionario, siendo lo único que éste puede hacer solicitarlo de la Administración estando a lo que ésta resuelva acerca de si las autoriza o no». –F. 5º–.

En cuanto a la existencia de fuerza mayor como causa de la ruptura sustancial del contrato de concesión, el apartado b) del art. 258 RDLeg 3/2011 remite al art. 231 RDLeg 3/2011 en donde se establecen los supuestos tipo que la configuran.

En relación con la letra c) del art. 258 RDLeg 3/2011. Se establece que deberá restablecer el equilibrio económico cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en el apartado 4.º de la letra c), y en la letra d) del artículo 131.1 (art. 115.1 Ley 30/2007).

La remisión que se establece al art. 131.1 –Pliegos de cláusulas administrativas particulares– RDLeg 3/2011 se refiere al contenido mínimo que deben contener los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de concesión de obras públicas, tanto en referencia al contenido de las proposiciones –Plan económico-financiero de la concesión– como al sistema de retribución del concesionario y, en su caso, las fórmulas de actualización de costes durante la explotación de la obra, con referencia obligada a su repercusión en las correspondientes tarifas en función del objeto de la concesión.

El precepto lo interpretamos como que la situación de referencia del contrato es el contenido del mismo en el momento de la adjudicación, entendido como supuesto de equilibrio de las contraprestaciones entre las partes intervinientes, Administración y concesionario.

Desde el punto de vista legislativo hemos entonces de entender que el Plan económico-financiero de la concesión se convierte, al menos en lo que se refiere a las pautas que han de guiar las actuaciones de posibles desequilibrios, en el instrumento vehicular de las partes intervinientes en el contrato de concesión de obra pública.

Puesto que ya hemos dedicado un espacio en este estudio a tratar algunas cuestiones de base importantes, con idéntico sentido que la redacción del texto actual, ahora sólo se van a hacer algunas referencias puntuales.

El Plan económico-financiero es, en principio, el documento que debe servir a las partes para conocer los límites pactados de sus pérdidas y de sus beneficios, de tal forma que no sobrepasando estos límites se entiende que el concesionario se encuentra en la zona de riesgo y ventura del contrato y, por consiguiente, insistimos, en la zona de equilibrio contractual.

De la regulación del Plan económico-financiero se desprende que los contenidos esenciales son el sistema de tarifas, la inversión y los costes de explotación y obligaciones de pago y gastos financieros, directos o indirectos estimados, así como las previsiones de amortización, el plazo concesional y en otras variables de la concesión previstas en el pliego, y en su caso, de los rendimientos de la demanda de utilización de la obra y, cuando exista, de los beneficios derivados de la explotación de la zona comercial, cuando no alcancen o cuando superen los niveles mínimo y máximo, respectivamente, que se consideren en la oferta. Por tanto se trata de un elenco de «instrumentos de control» al que se pueden añadir otros que las partes acuerden, como aquellos que pudieran tener, en principio, un contenido de riesgo imprevisible, así como otros como, por ejemplo, la incorporación de nuevas tecnologías⁴⁹³ aplicadas a la construcción de infraestructuras, tal y como señala el art. 247.4 –Uso y conservación de la obra pública.

Finalmente, se va a analizar el apartado 3 del art. 258 RDLeg 3/2011. Se trata de un precepto que debe servir para solucionar los supuestos de desequilibrio económico del contrato contemplados en las letras a), b) y c) del mismo precepto.

Las medidas que se establecen entendemos que no se corresponden con un lista tasada tan sólo debemos entenderlas como posibles soluciones aplicables a los supuestos concretos que procedan.

Estas medidas podrán consistir, según se dispone en el precepto, o bien en medidas de «carácter general»: a) en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra; b) la reducción del plazo concesional; c) en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato; o bien en «medidas particulares» dependiendo de los supuestos: a') en los casos previstos en el apartado 2.b), y siempre que la retribución del concesionario proviniera en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios, podrá prorrogarse el plazo de la concesión por un período que no exceda de un 15

493. Para un estudio en más detalle puede consultarse a BERNAL BLAY, Miguel Ángel, *El contrato de concesión...*, op. cit., pp. 288 y ss.

por ciento de su duración inicial; b') en el supuesto de fuerza mayor previsto en el apartado 2.b), la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquella no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación.

a) Modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra.

Entendemos que se trata de una medida tendente a restablecer el equilibrio entre las partes que pudiera beneficiar a ambas según el caso. De todas formas, a nuestro juicio, cualquiera de las partes afectadas debería presentar un estudio económico sobre las circunstancias que pudieran justificar el incremento o disminución, así como la cuantía estimada, hecho que comporta poder apreciar con elementos de juicio si la modificación de la tarifa se ajusta a derecho o no teniendo en cuenta las circunstancias económicas y sociales concurrentes para cada supuesto concreto. En todo caso, tenemos que indicar que en buena lógica existe un límite a la modificación de las tarifas que debemos relacionarla con las bases de la adjudicación: se podrán alterar siempre y cuando éstas no supongan una alteración sustancial del contrato.

b) La reducción del plazo concesional.

No tenemos claro cuál es el sentido de la reducción del plazo concesional, si opera a favor del concedente o del concesionario. No existe jurisprudencia que trate el tema ni conocemos literatura jurídica al respecto, con la excepción de BERNAL BLAY⁴⁹⁴, quien se inclina por pensar que la reducción del plazo concesional parece destinado al restablecimiento del equilibrio económico sólo en beneficio de la entidad concedente y no tanto del concesionario, argumentando que: «(...) puesto que el derecho de explotación del concesionario, que es la forma que adopta su retribución, va unido a la duración del contrato, la reducción del plazo concesional durante la ejecución del contrato parece que debe obedecer, necesariamente, a una menor onerosidad para el propio concesionario».

c) Cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato

Entendemos en este caso que la modificación de este tipo de cláusulas puede favorecer, de forma indistinta, a la Administración o

494. BERNAL BLAY, Miguel Ángel, *El contrato de concesión...*, op. cit., pp. 291 y ss.

al concesionario. El plazo de ejecución es en este caso uno de los instrumentos que mejor podrían amoldarse para satisfacer el derecho de equilibrio del contrato. A nuestro juicio, este tipo de modificaciones tiene como límite, precisamente, aquellas modificaciones de carácter sustancial que afectasen a la esencia del contrato, es decir, aquellas que incidiesen sobre su objeto y finalidad de tal forma que el perjuicio no pudiera ser asumido por el concesionario por romper, aplicando criterios de racionalidad objetiva, las reglas básicas y esenciales del contrato.

a') Los casos previstos en el apartado 2.b), y siempre que la retribución del concesionario proviniera en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios, podrá prorrogarse el plazo de la concesión por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial.

El precepto no plantea grandes dificultades. Este apartado se refiere de forma exclusiva a la posibilidad de restablecer el equilibrio económico tras una ruptura sustancial de la economía de la concesión en los supuestos de fuerza mayor o actuaciones de la Administración. Para ello se necesita cumplir la condición de que la retribución del concesionario provenga en más de un 50% de tarifas abonadas por los usuarios y se establece el límite del 15% de su duración inicial –acordado en el pliego de cláusulas administrativas particulares (art.268.1 RDLeg 3/2011)⁴⁹⁵– para la prórroga del plazo de la concesión.

En todo caso el concesionario tendrá que presentar la documentación precisa (por ejemplo, estudios de demanda y de costes e ingresos) que justifique el tanto por ciento que la empresa obtiene de las tarifas abonadas por los usuarios y solicitar ante la Administración la adopción de las medidas oportunas para el restablecimiento del equilibrio económico.

Indicar también que el límite impuesto entendemos que se establece como una cautela a la libre concurrencia de la concesión pro futuro.

b') En el supuesto de fuerza mayor previsto en el apartado 2.b), la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acor-

495. Se establece que el plazo de concesiones de construcción y explotación de obras públicas se otorgarán por un plazo que no podrá exceder de 40 años, luego más el 15% de la prórroga haría un total de 46 años máximo. Habrá que tener en cuenta que, especialmente, las concesiones relativas a obras hidráulicas se regirán, en cuanto a su duración, por el artículo 134.1.a) del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

dados en el contrato siempre que aquella no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación.

En este apartado se regula un hecho de carácter extraordinario, de fuerza mayor, cuyo resultado final conlleve un perjuicio que globalmente considerado permita seguir con las obras o con su explotación, supuesto para el que la Administración deberá asegurar los rendimientos mínimos acordados en el contrato. En este sentido estamos de acuerdo con la interpretación de MENÉNDEZ MENÉNDEZ⁴⁹⁶ en que en este supuesto se produce un reparto de riesgos entre las partes y que la Administración no asume o asegura la «recomposición total» sino los rendimientos mínimos acordados. La Administración no se convierte, en palabras de este autor, «en aseguradora total de los riesgos que pudieran sobrevenir por este motivo, sino que, conciliando este principio con el del respecto al principio de asunción de riesgos por el concesionario establece un reparto de las consecuencias derivadas del acaecimiento de una situación de este tipo. De esta forma el concesionario sólo tiene el derecho al mínimo rendimiento posible, salvo, claro está, que no fuera posible continuar con la realización de las obras o la explotación de las mismas, en cuyo caso se procederá a la resolución del contrato». La opinión vertida es suficientemente explícita y no necesita de más comentarios.

Hasta el momento hemos analizado la repercusión la regulación del equilibrio económico del contrato en supuesto específico del contrato de concesión de obra pública.

Finalmente, se va a estudiar otro supuesto singular que recoge el RDLeg 3/2011 en referencia al contrato de gestión de servicios públicos.

El RDLeg 3/2011 dedica el artículo art. 282 –Modificación del contrato y mantenimiento de su equilibrio económico– (art. 258 de Ley 30/2007, de 30 de octubre) para regular el equilibrio económico del contrato en correlación a la gestión de servicios públicos.

Veamos su redacción:

«1. La Administración podrá modificar por razones de interés público y si concurren las circunstancias previstas en el título V del libro I, **las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.**

2. Cuando las **modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el**

496. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo, *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Ed. Thomson-Civitas, 1ª ed., Madrid, 2003, p. 255.

equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato».

3. En el caso de que **los acuerdos que dicte la Administración** respecto al desarrollo del servicio **carezcan de trascendencia económica** el contratista **no tendrá derecho a indemnización** por razón de los mismos.

4. La **Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda**, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la **Administración modifique, por razones de interés público** y de acuerdo con lo establecido en el título V del libro I, las características del servicio contratado.

b) Cuando **actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato**.

c) Cuando causas de **fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato**. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 231 de esta Ley.

5. En los supuestos previstos en el apartado anterior, **el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan**. Estas medidas podrán consistir en la **modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato**. Así mismo, **en los casos previstos en los apartados 4.b) y c), podrá prorrogarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 10 por ciento de su duración inicial**, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente».

La redacción de este precepto es similar a la versión original de la Ley 30/2007 salvo en las pertinentes alusiones referidas al título V del libro I de la Ley.

En términos generales, la regulación establecida para los contratos de gestión de servicios públicos es parecida a la del contrato de concesión de obra pública por lo que, en la medida de lo posible, no se va a volver a incidir sobre las cuestiones ya estudiadas, sino sólo en aquellos aspectos cuya singularidad haga preciso algún comentario específico.

Lo primero que hemos de tener presente para encuadrar el tema es que, con carácter general, el art. 8 RDLeg 3/2011 define el contrato de gestión de servicios públicos como aquel en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, *la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante*.

Partiendo del concepto, y analizando el precepto en cuestión, nos parece interesante resaltar, siguiendo el texto del primer apartado, que se habilita a la Administración para poder modificar por razones de interés público y si concurren las circunstancias previstas en el título V del libro I, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios⁴⁹⁷. Por tanto, no sólo es necesario, para que pueda modificar la Administración el contrato, justificar un interés público, sino que además tienen que obedecer a necesidades nuevas o causas imprevistas en el momento de la contratación. Como puede observarse, las notas de justificación que sumamos a la justificación de la modificación, por ejemplo, un hecho imprevisto, no supone que exista una causalidad inmediata o directa que justifique la injerencia de la Administración, sino que «trae causa de la necesaria protección de los principios de concurrencia y publicidad en la contratación pública, establecidos para la protección de intereses de aquellos terceros que puedan ser eventuales concurrentes (...)»⁴⁹⁸.

En la redacción de este artículo se articulan tres prerrogativas, alguna de ellas heredera del art. 74 de la LCE 16/1965 (y, posteriormente, en el art. 163 Ley 13/1995): la primera, que si podría incidir en el equilibrio del contrato es que la Administración puede modificar las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios; la segunda, justifica el «reequilibrio», por cuanto las modificaciones de la Administración que afecten al régimen financiero del contrato deberán compensarse siempre y cuando se trate de supuestos económicos que hubiesen sido considerados como básicos en la adjudicación del contrato; y la tercera, es que cuando la Administración apruebe acuerdos que afecten al desarrollo del servicio, pero estos carezcan de trascendencia económica, el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos.

Por otra parte, en el apartado 4 se establecen los motivos por los cuales la Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, que como puede observarse, son similares a las contenidas en el art. 258 RDLeg 3/2011.

Finalmente, del apartado 5 merece destacarse como medida de equilibrio la reducción del plazo del contrato (mientras que el apartado

497. En este sentido, el art. 163.1 y 2 del RDLeg 2/2000 señalaba: «La Administración podrá modificar, por razones de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios».

498. *Vid.*, por ejemplo, el Dictamen nº 14/2008, de 22 de enero, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

5 del art. 258 RDLeg 3/2011 indica ampliación o reducción) y, en los casos previstos en los apartados 4.b) y c) –ruptura sustancial de la economía del contrato y causas de fuerza mayor–, podrá establecerse la prórroga del plazo del contrato por un período que no exceda de un 10 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente.

La justificación de la prórroga, como bien indica AGUDO GONZÁLEZ⁴⁹⁹, se produce en aplicación del principio de proporcionalidad, tal y como la *Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre las Concesiones en el Derecho Comunitario (2000/C 121/02)*⁵⁰⁰ que señala lo siguiente –apartado 3.1.3–:

«El principio de proporcionalidad requiere también que se concilien competencia y equilibrio financiero. De este modo, la duración de la concesión debe fijarse de manera que no restrinja o limite la libre competencia más allá de lo necesario para garantizar la amortización de las inversiones y una remuneración razonable de los capitales invertidos (56), aun manteniendo para el concesionario el riesgo inherente a la explotación».

Ahora bien, ¿es aceptable la prórroga para el concesionario si esta no se contiene de forma expresa en el contrato? La respuesta es claramente afirmativa puesto que así lo determina el artículo en estudio, convirtiéndose en un instrumento válido para el «reequilibrio» del contrato. Con anterioridad a la aprobación de la Ley 30/2007, se había descrito un problema importante alrededor de las prórrogas concesionales puesto que las normas no contemplaban dicha prórroga si esta previamente no había sido pactada. En efecto, se podría concluir que la ampliación o prórroga del contrato, sin cobertura legal, era contraria al principio de libre concurrencia en la contratación pública. Así, por ejemplo, en el caso de que la Administración, unilateralmente, prorrogase en exceso el contrato, aunque fuese en función del mantenimiento económico-financiero del contrato, se estaría vulnerando, en primer lugar, los límites del *ius variandi* y, en segundo lugar, el principio de libre concurrencia, al impedirse, tal y como declara la STSJ Murcia nº 692/2011, de 30 de junio, «la nueva licitación pública de una concesión vencida e impidiéndose de facto el legítimo ejercicio de derechos de terceros posibles licitadores –F. 4–⁵⁰¹. Por tanto, y en razón al principio de libre concu-

499. AGUDO GONZÁLEZ, Jorge, «El tiempo en la concesiones de servicio público. Continuidad en la prestación del servicio y *potestas variandi versus* libre concurrencia», *Revista General de Derecho Administrativo*, Ed. Iustel, nº 26, enero, 2011, p. 42.

500. Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 29 de abril de 2000.

501. En el mismo sentido puede consultarse la STS de 25 de mayo de 2006 (Rec. 8777/2006).

rrencia, no se podía admitir, con carácter general, en referencia a contratos suscritos con anterioridad a entrar en vigor la Ley 30/2007, el hecho de que la prórroga fuese el instrumento adecuado para solventar el desequilibrio económico-financiero del contrato. Ahora bien, la Jurisprudencia no era unánime en cómo resolver este tema. Hay varias decisiones que corroboran esta otra línea más flexible. Por ejemplo, la STS de 4 de mayo de 2005, o el propio Dictamen del Consejo de Estado de 4 de febrero de 1999, vinieron a corroborar esta línea. Todos los supuestos de base de esta línea tuvieron como nota común la fundamentación de la modificación contractual en la concurrencia de *factum principis*⁵⁰², hecho relevante puesto que la Ley 30/2007 ha seguido esta línea con la inclusión de un matiz de importante calado y relevancia que, a nuestro juicio, ha implantado una línea ecléctica entre las dos tendencias. Por un lado, la Ley 30/2007 asume la existencia del principio de libre concurrencia, por cuanto ha introducido un matiz limitador en cuanto a la prórroga del contrato, es decir, por un período que no puede exceder de un 10% de su duración inicial, y por otro, porque siguiendo las pautas de la línea menos restrictiva, introduce la prórroga como mecanismo «reequilibrador» del contrato.

1. ESQUEMA DE CONCLUSIONES⁵⁰³

I. Contratos de concesión de obras públicas:

1ª. El contrato deberá mantener su equilibrio económico en los términos considerados para su adjudicación

2ª. Se deberá mantener el equilibrio económico teniendo en cuenta el interés general y el del concesionario

3ª. Es la Administración el sujeto activo que, en su caso, debe restablecer el equilibrio económico del contrato en beneficio de quien corresponda

a) Administración y concesionario son partícipes o colaboradores en que el servicio público se lleve a cabo con éxito.

b) Existe un reparto parcial de riesgo y ventura entre la Administración y concesionario. De esta forma, la base del cálculo del equilibrio económico, por un lado, y los rendimientos máximos y mínimos, por otro, suponen las líneas ordinarias de riesgo y ventura que se han de asumir.

502. Así, por ejemplo, en el Dictamen 991/2009, de 30 de diciembre de 2009, del Conseil Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, se indica: «(...) sólo en los supuestos de «factum principis» y fuerza mayor se admite la ampliación del plazo del contrato, ya que el segundo inciso del mismo párrafo quinto lo declara taxativamente».

503. En negrilla las conclusiones normativas que dispone el RDLeg 3/2011; sin negrilla las conclusiones doctrinales sobre el equilibrio económico del contrato.

c) Esta teoría no puede ser entendida como una garantía del concesionario ante las pérdidas que pueda sufrir.

d) La economía concesional cuando se altera para que pueda ser tenida en cuenta se tiene que producir al margen de la voluntad del concesionario.

4ª. La ruptura del equilibrio económico suele observarse, en la mayoría de los casos, en referencia a un período de tiempo más o menos largo

5ª. Dos reglas generales que rigen en la contratación administrativa: riesgo y ventura y la inalterabilidad de los contratos

6ª. Se establecen cuatro supuestos tasados en los que es preceptivo el «re-equilibrio» del contrato:

a) Cuando la Administración modifica las condiciones de explotación de la obra (razones de interés público): *ius variandi o factum principis*. Modificación unilateral de la Administración: a) Bien en forma de medidas administrativas generales (en favor estricto del interés general); b) Bien como consecuencia de alteraciones en la situación contractual existente por vía normativa (ordenaciones reglamentarias de los servicios públicos, etc.). Esto es consecuencia de ciertas prerrogativas que posee de forma intrínseca la Administración, al situarse Administración, como sujeto de potestades administrativas, en un plano superior si atendemos a ser el sujeto por excelencia que debe actuar en bien del interés general (una situación similar podemos observarla en la actividad expropiatoria).

Características del *factum principis*: a) medida de carácter imperativo; b) supone una medida singular o general; c) resulta imprevisible en el momento del acuerdo contractual; d) produce un perjuicio económico especial en el concesionario que éste debe probar y que de ser así la Administración debe compensar (el contrato se convierte en más oneroso para el concesionario sin culpa del mismo); e) supone una manifestación de la potestad expropiatoria general⁵⁰⁴.

b) Por causas de fuerza mayor

c) Actuaciones de la Administración supongan la ruptura sustancial de la economía de la concesión

d) Cuando se den las condiciones establecidas en el propio contrato para su revisión (de acuerdo con las letras c) y d) del art. 131 RDLeg 3/2011): teoría del riesgo imprevisible o de la imprevisión.

d1) Los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de concesión de obras públicas (art. 131.1.c)4º RDLeg 3/2011) deberán hacer referencia al Plan económico-financiero de la concesión, que incluirá: a) el sistema de tarifas; b) la inversión y los costes de explotación; c) obligaciones de pago; d) gastos financieros directos e indirectos (estimados); e) Incidencia en las tarifas; d) previsiones de amortización; e) rendimientos de la demanda de utilización de obra; f) beneficios derivados de la explotación de la zona comercial (de existir) cuando no alcancen o cuando superen los niveles mínimo y máximo, respetivamente, que se consideren en la oferta.

504. Vid. a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 15ª ed., Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 777.

11. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

d.1.1) Aplicación de la teoría del riesgo imprevisible o de la imprevisión. Mediante la aplicación de esta teoría se intenta corregir una onerosidad sobrevenida y excepcional que recae en el concesionario y que viene a alterar el equilibrio del contrato.

d.1.2) Normalmente se circunscribe a acontecimientos imprevistos e imprevisibles.

d.1.3) La Administración no está obligada, en principio, a compensar al concesionario.

d.1.4) Si la Administración compensa al concesionario lo es en virtud de que el servicio público se mantenga según las prescripciones contractuales acordadas entre la Administración y el concesionario.

d2) Sistema de retribución del concesionario en el que se incluirán las opciones posibles sobre las que deberá versar la oferta, así como, en su caso, las fórmulas de actualización de costes durante la explotación de la obra, con referencia obligada a su repercusión en las correspondientes tarifas en función del objeto de la concesión.

5ª. Formas de restablecer el equilibrio económico del contrato:

a) Con carácter general, mediante la adopción de medidas que procedan (no tasadas en el RDLeg 3/2011):

a1) Modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra

a2) Reducción del plazo concesional

a3) Modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato

b) En relación a los supuestos de fuerza mayor y actuaciones de la Administración supongan la ruptura sustancial de la economía de la concesión. Se tiene que dar la siguiente condición: que la retribución del concesionario proviniere en más de un 50% de las tarifas abonadas por los usuarios:

b1) Prorrogarse el plazo de la concesión por un período que no exceda de un 15% de su duración inicial.

c) En caso de fuerza mayor, de forma singular: si dándose un caso de fuerza mayor, ésta no impide por completo la realización de las obras o continuidad de su explotación, la Administración también asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato.

II. Contratos de gestión de servicios públicos

1ª. La Administración puede, en su caso, modificar las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios (interés público)

2ª. La Administración deberá mantener el equilibrio económico (cuando afecte a elementos básicos de la adjudicación) si las modificaciones afectan al régimen financiero del contrato

3ª. Si las modificaciones introducidas por la Administración no tienen trascendencia económica, el contratista no tiene derecho a indemnización.

4ª. Es la Administración el sujeto activo que, en su caso, debe restablecer el equilibrio económico del contrato en beneficio de quien corresponda.

5ª. Se establecen cuatro supuestos tasados en los que es preceptivo el «re-equilibrio» del contrato:

a) Cuando la Administración modifique las características del servicio contratado (razones de interés público): *ius variandi*

b) Por causas de fuerza mayor

c) Actuaciones de la Administración supongan la ruptura sustancial de la economía de la concesión

5ª. Formas de restablecer el equilibrio económico del contrato:

a) Con carácter general, mediante la adopción de medidas que procedan (no tasadas en el RDLeg 3/2011):

a1) Modificación de las tarifas establecidas a abonar por los usuarios

a2) Reducción del plazo del contrato

a3) Modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato

b) En relación a los supuestos de fuerza mayor y actuaciones de la Administración supongan la ruptura sustancial de la economía de la concesión:

Se produce ruptura sustancial

b1) Prorrogarse el plazo de la concesión por un período que no exceda de un 10% de su duración inicial.

IV. BIBLIOGRAFÍA

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge, «El tiempo en la concesiones de servicio público. Continuidad en la prestación del servicio y *potestas variandi versus* libre concurrencia», *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, nº 26, enero, 2011.

ALBI, Fernando, *Los Contratos Municipales*, Ed. Horizontes, Valencia, 1944.

ÁLVAREZ GENDÍN, Sabino, *Los Contratos Públicos*, 1ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1934.

AQUINO, Tomás de, *Suma de Teología*, vol. II (Parte I-II), 2ª ed., BAC, Madrid, 1989.

BERNAL BLAY, Miguel Ángel, *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas «paraconcesionales»*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2010.

– «Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públi-

cos», en *Observatorio de contratos públicos 2010*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

BLANQUER CRIADO, David, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Guía práctica*, Ed. Tirant lo Blanch, 2007.

CARRETERO PÉREZ, Adolfo, «El contrato administrativo ante la nueva Ley de Bases de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963», *RAP*, nº 45, septiembre-diciembre, 1964.

CASARES MARCO, Ana Belén, «Equilibrio económico», en *Los principios jurídicos de Derecho Administrativo*, Dir. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, La Ley, Las Rozas, 2010.

COLMEIRO, Manuel, *Derecho administrativo español*, 3ª ed., T II, Madrid, 1865.

DELGADO MARTÍN, Eleuterio, *Contratos administrativos ó de obras y servicios*, Madrid, 1883.

FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1945.

FRIEDBERG, Aemilius, *Corpus Iuris Canonici*, Akademische Druck – U. Verlagsanstalt, Graz, 1959.

GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, «La extinción del contrato de concesión de obra pública», en *El contrato de concesión de obra pública en la Ley de Contratos del Sector Público*, Dir. Francisco Puerta Seguido, Ed. La Ley, Las Rozas, Madrid, 2008.

– «Observatorio de jurisprudencia en materia de contratos públicos», en *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Ed. Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2012.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 15ª ed., Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho administrativo*, Vol. II, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

GIMENO FELIÚ, José María, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y su incidencia en la legislación española*, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.

– «El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación

actual y perspectivas de cambio», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 149, 2011.

GÓMEZ-FERRER RINCÓN, Rafael, «El régimen económico del contrato de concesión de obra pública», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Dir. Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

HORGUE BAENA, Concepción, *La modificación del contrato administrativo de obras*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1997.

JÈZE, Gaston, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, T. V, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1950.

MARTÍN REBOLLO, Luis, «Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2004.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo, *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Ed. Thomson-Civitas, 1ª ed., Madrid, 2003.

MORENO MOLINA, José Antonio, *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2006.

– «Abandono del proyecto autopista Toledo-Ciudad Real-Córdoba y reequilibrio económico de la concesión de la autopista AP-41. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011», *Contratación Administrativa Práctica*, n° 111, Septiembre, 2011.

– «Repercusiones de la crisis económica sobre la contratación pública», en *Observatorio de contratos públicos 2011*, Ed. Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2012.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, «El régimen común de equilibrio económico del contrato de concesión de obras públicas predicable de los diferentes supuestos de riesgo y ventura existentes en las distintas fases de dicha concesión», en *El contrato de concesión de obra pública en la Ley de Contratos del Sector Público*, Dir. Francisco PUERTA SEGUIDO, Ed. La Ley, Las Rozas, Madrid, 2008.

PUERTA SEGUIDO, Francisco E., «El contrato de concesión de obra pública. La génesis de su regulación. Definición legal y objeto», en *El contrato de concesión de obra pública en la Ley de Contratos del Sector Público*, Dir. Francisco PUERTA SEGUIDO, Ed. La Ley, Las Rozas, Madrid, 2008.

– *El contrato de concesión de obra pública en la Ley de Contratos del Sector Público*, Ed. La Ley, Las Rozas, Madrid, 2008.

PUNZÓN MORALED A, Jesús y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Francisco, *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid 2009.

– «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–», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 49, diciembre, 2010.

– «Simplificación en la contratación administrativa. Especial referencia a la contratación electrónica administrativa», en *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Dir. Gimeno Feliú, Ed. Aranzadi, 2011.

SERRANO LOZANO, Rubén, «Actuaciones previas y ejecución del contrato de concesión de obras pública» en *El contrato de concesión de obra pública en la Ley de Contratos del Sector Público*, Dir. Francisco Puerta Seguido, Ed. La Ley, Las Rozas, Madrid, 2008.

TORNOS MAS, Joaquín, «Derechos y obligaciones del concesionario y prerrogativas de la Administración concedente», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Ed. Civitas, Dir. Rafael Gómez Ferrer Morant, Madrid, 2004.

VARCÁRC EL FERNÁNDEZ, Patricia, «Actuaciones previas y adjudicación del contrato de concesión de obras públicas. Disposiciones generales 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 12ª y 13ª», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Dir. Rafael Gómez-Ferrer Morant, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

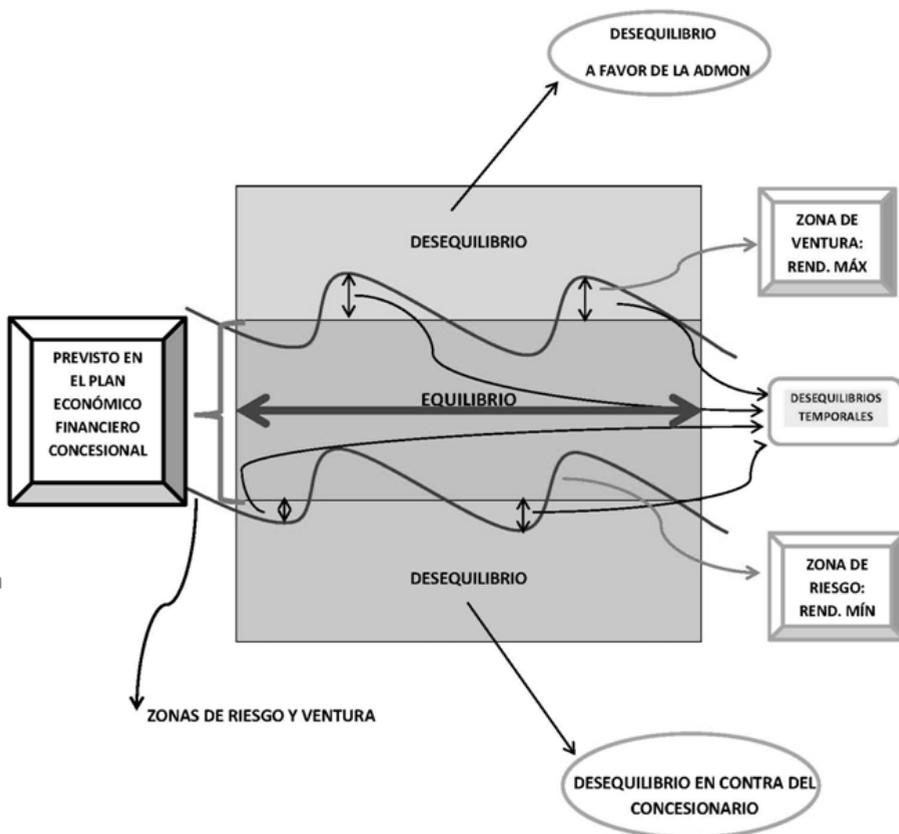
VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier, «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 37, 2010.

VILLAR EZCURRA, José Luis, «Algunas precisiones sobre el restablecimiento del equilibrio en las concesiones de obra pública», *Diario La Ley*, nº 7722, 25 de octubre de 2011.

VILLAR PALASÍ, José Luis, y VILLAR EZCURRA, José Luis, «El principio de riesgo y ventura», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Dir. Rafael Gómez-Ferrer Morant, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

WERTH, Alexander, *Die klausula rebus sic stantibus im Völkerrecht, insbesondere in ihrer Anwendung auf den Young Plan*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1931.

V. ANEXO



Art. 131.1.c), 4º del RDL 3/2011:

Plan económico-financiero de la concesión que incluirá, entre los aspectos que le son propios, el sistema de tarifas, la inversión y los costes de explotación y obligaciones de pago y gastos financieros, directos o indirectos, estimados. Deberá ser objeto de consideración específica la incidencia en las tarifas, así como en las previsiones de amortización, en el plazo concesional y en otras variables de la concesión previstas en el pliego, en su caso, de los rendimientos de la demanda de utilización de la obra y, cuando exista, de los beneficios derivados de la explotación de la zona comercial, cuando no alcancen o cuando superen los niveles mínimo y máximo, respectivamente, que se consideren en la oferta. En cualquier caso, si los rendimientos de la zona comercial no superan el umbral mínimo fijado en el pliego de cláusulas administrativas, dichos rendimientos no podrán considerarse a los efectos de la revisión de los elementos señalados anteriormente.

