





Observatorio de los Contratos Públicos 2014



JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ
(Director)

MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY
(Coordinador)

Observatorio de los Contratos Públicos 2014

Autores

SILVIA DÍEZ SASTRE	JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA
RAFAEL FERNÁNDEZ ACEVEDO	JOAN PERDIGO SOLÀ
ISABEL GALLEGO CÓRCOLES	FRANCISCO PUERTA SEGUIDO
JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ	PATRICIA VALCÁRCEL FERNÁNDEZ
TERESA MEDINA ARNÁIZ	CLAUDIA VIANA



Universidad
Zaragoza

1542



THOMSON REUTERS
ARANZADI

Primera edición, 2015

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 sus autores como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

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

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

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

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2015 [Thomson Reuters (Legal) Limited/José María Gimeno Feliú (dir.)/Miguel Ángel Bernal Blay (coord.) y otros]
Editorial Aranzadi, SA
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-9098-444-4
Depósito Legal: NA 799/2015
Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, calle A, nave D-11
31013 Pamplona

Presentación del Libro *Observatorio de Contratos Públicos 2011*,
en noviembre de 2012. Madrid. Luis Ortega, con José
Antonio Moreno y José María Gimeno



“A Luis Ortega Álvarez, maestro de administrativistas, como
testimonio de admiración académica, científica y humana”



Índice general

	<u>Página</u>
Presentación	17
CAPÍTULO I	
EL VALOR INTERPRETATIVO DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y DEL DERECHO “PRETORIANO”. LAS OPCIONES DE TRANSPOSICIÓN EN ESPAÑA EN LA PROPUESTA DE REFORMA	
19	
JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ	
I. Contextualización de la nueva regulación de la contratación pública ...	19
II. El valor interpretativo de las nuevas Directivas de contratación pública antes del vencimiento del plazo de transposición	23
III. ¿Hacia una transposición efectiva? Las principales propuestas de modificación de la nueva legislación de contratos públicos	31
IV. Reflexiones sobre las posibilidades de “especialidades” en la contratación del ámbito sanitario/social	46
V. Conclusiones	58
CAPÍTULO II	
FORMAS Y ESTRUCTURAS ORGANIZATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN EL MERCADO INTERIOR EUROPEO	
61	
SILVIA DÍEZ SASTRE	
I. Planteamiento	61
II. La redefinición del concepto de Administración en el ámbito de la contratación pública	65
1. <i>Una Administración definida en clave funcional</i>	65
	9

	<u>Página</u>
2. <i>Una Administración definida por oposición al mercado</i>	66
3. <i>Una Administración definida en clave nacional</i>	70
III. Las formas y estructuras organizativas de la Administración de los contratos públicos	71
1. <i>La Administración de la adjudicación de los contratos públicos</i>	72
1.1. <i>Una Administración progresivamente centralizada</i>	73
1.2. <i>Una Administración cooperativa con el sector privado</i>	75
1.3. <i>Una Administración profesionalizada</i>	76
2. <i>La Administración de la ejecución de los contratos públicos</i>	77
3. <i>La Administración del control del cumplimiento de las normas de contratación pública</i>	78
3.1. <i>Una Administración en red para el intercambio de información y la supervisión del cumplimiento de las normas de contratación pública</i>	78
3.2. <i>Una Administración nacional de tutela de los licitadores independiente y tendencialmente centralizada</i>	80
IV. Reflexión final	81
V. Bibliografía	83

CAPÍTULO III

APROXIMACIÓN A LA DIRECTIVA 2014/23/UE DE CONCESIONES 89

JOAN PERDIGÓ SOLÀ

I. Antecedentes de la Directiva de concesiones	89
II. La propuesta de la Comisión Europea y el texto aprobado por el Parlamento Europeo y el Consejo	91
III. Objeto material y formal de la Directiva	92
1. <i>Principio de libertad de administración de las autoridades públicas</i>	93
2. <i>Principio de libertad para definir los servicios de interés económico general</i>	95
3. <i>En particular, los llamados servicios sociales y otros específicos</i>	98
4. <i>Definición de concesión de obras y de concesión de servicios</i>	99
5. <i>Umbral de aplicación</i>	110
6. <i>Duración de las concesiones</i>	111

	<u>Página</u>
7. <i>Contratos mixtos</i>	111
IV. Sujetos de la concesión de obras y de la concesión de servicios	112
1. <i>Poderes adjudicadores</i>	112
2. <i>Entidades adjudicadoras</i>	112
V. Concesiones entre entidades del sector público y contratos de cooperación interadministrativa	114
1. <i>In house por parte de un solo poder adjudicador y por una asociación de poderes adjudicadores. Las empresas mixtas como medio propio</i>	114
2. <i>In house y cooperación interadministrativa no institucionalizada</i>	116
VI. La modificación y la extinción de los contratos de concesión	118
1. <i>Modificación del contrato de concesión</i>	118
2. <i>La extinción de los contratos de concesión</i>	121
VII. Sobre la transposición de la Directiva de concesiones	121

CAPÍTULO IV

EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE COLABORACIÓN PRIVADA EN EL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURAS: EL DESASTRE ECONÓMICO DE LAS AUTOPISTAS	123
--	------------

FRANCISCO PUERTA SEGUIDO

I. La colaboración privada en el desarrollo de las infraestructuras viarias. Una necesidad impuesta por un escenario de crisis	123
II. El fracaso, ¿insuperable?, en la explotación de las concesiones de autopistas	131
III. El intento desesperado de mantener el equilibrio económico financiero de los contratos de concesión	133
IV. La insuficiencia de las medidas de reequilibrio económico financiero de los contratos de concesión. Crónica de una insolvencia empresarial anunciada y su incidencia en los contratos administrativos	148
V. “Por si fuera poco”, la responsabilidad subsidiaria de la Administración expropiante ante el impago de los justiprecios expropiatorios por las concesionarias beneficiarias de las expropiaciones	162
VI. A modo de conclusiones	166
VII. Bibliografía	168

CAPÍTULO V

LA REGULACIÓN EUROPEA DE LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR Y SU APLICACIÓN SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA	173
---	------------

TERESA MEDINA ARNÁIZ

I. Introducción	173
II. Las prohibiciones de contratar en la regulación europea	177
1. <i>Los motivos de exclusión obligatorios</i>	<i>178</i>
2. <i>Los motivos de exclusión facultativos</i>	<i>180</i>
III. Los principios generales del Derecho de la Unión Europea en la contratación pública y su aplicación a las prohibiciones de contratar	183
IV. Los comportamientos que afectan a la credibilidad profesional del candidato o licitador y que pueden habilitar una prohibición de contratar	186
V. A modo de reflexión final	190
VI. Bibliografía	192

CAPÍTULO VI

EL RECURSO A LAS CAPACIDADES DE OTRAS ENTIDADES (O DEL INTENTO DE CONCRETAR EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INTEGRACIÓN DE LA SOLVENCIA MEDIANTE MEDIOS EXTERNOS)	195
--	------------

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

I. Introducción: la difícil asimilación del concepto de “solvencia” en el Derecho español	195
II. La integración de la solvencia del licitador a través de medios externos en el Derecho anterior a las Directivas de cuarta generación	197
1. <i>Nacimiento y posterior codificación del derecho del operador económico a integrar su solvencia con medios externos</i>	<i>197</i>
2. <i>El concepto de “operador económico” no exige que éste posea medios propios</i>	<i>208</i>
III. La azarosa asimilación de la integración de la solvencia a través de medios externos en el Derecho español	211
1. <i>Planteamiento</i>	<i>211</i>

	<u>Página</u>
2. <i>La progresiva transposición del derecho del licitador a integrar su solvencia con medios externos</i>	211
3. <i>La discutible (y probablemente mayoritaria) tendencia a imponer límites a la integración de la solvencia con medios externos en la doctrina administrativa y jurisprudencial</i>	213
3.1. La exigencia de un mínimo de solvencia	214
3.2. La imposibilidad de utilizar medios externos para acreditar circunstancias intrínsecas de la empresa	216
3.3. La clasificación como característica intrínseca del empresario y sus excepciones	221
3.4. Prohibición de la subcontratación establecida en el pliego ...	222
3.5. La integración de la habilitación empresarial o profesional ...	224
3.6. Acreditación de que el licitador dispondrá de los medios ajenos durante la ejecución del contrato	229
IV. Nuevas Directivas, ¿nuevas perspectivas?	230

CAPÍTULO VII

REIVINDICACIÓN DE LA COMPETENCIA DEL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO PARA EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO	237
---	-----

PATRICIA VALCÁRCEL FERNÁNDEZ / RAFAEL FERNÁNDEZ ACEVEDO

I. Nota introductoria	238
II. Aproximación a la razón de ser de la jurisdicción contencioso-administrativa	239
1. <i>Perspectiva histórica: sometimiento de la Administración a la legalidad como consecuencia de la implantación del principio de separación de poderes</i>	239
2. <i>Perspectiva constitucional: consagración definitiva de la jurisdicción contencioso-administrativa como consustancial al Estado de Derecho</i>	240
III. Ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de contratación del sector público	242
1. <i>El problema de la dualidad jurisdiccional y la cláusula general del artículo 1.1 de la LJCA</i>	242
2. <i>Previsiones concretas de la Ley Jurisdiccional en materia de contratación pública: análisis del artículo 2.b) de la LJCA</i>	246

	<u>Página</u>
IV. Incidencia de la legislación de contratos en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa	249
1. <i>Incidencia sobre el ámbito subjetivo y, en especial, sobre el concepto de Administración pública: artículo 3 del TRLCSP</i>	249
2. <i>Análisis de las previsiones de la legislación de contratos en materia jurisdiccional: crítica desde la imprescindible profesionalización de la contratación pública</i>	255
3. <i>La necesaria lectura del artículo 21 del TRLCSP mediante una reinterpretación sistemática del ordenamiento</i>	263
V. Incidencia de las Directivas de recursos en el sistema español de control de los contratos públicos	269
1. <i>La matizada neutralidad del Derecho europeo en la materia</i>	269
2. <i>La solución española</i>	271
VI. A modo de conclusión	274
VII. Bibliografía	275
CAPÍTULO VIII	
CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA: LA EXPERIENCIA PORTUGUESA	
279	
CLÁUDIA VIANA	
I. Nota Introductoria	279
II. El Derecho Europeo de los Contratos Públicos en el marco del proyecto europeo	280
III. Antecedentes: las disposiciones sobre la contratación pública electrónica en las Directivas de 2004	282
IV. La experiencia portuguesa en la contratación pública electrónica	284
1. <i>El «Código dos Contratos Públicos» de 2008 y la contratación electrónica obligatoria</i>	284
2. <i>La normativa de la contratación pública electrónica</i>	285
2.1. <i>Principios de la contratación pública electrónica</i>	285
2.2. <i>Las plataformas electrónicas</i>	286
3. <i>Una reflexión crítica</i>	287
V. Las Directivas de 2014: en especial, la obligatoriedad de la contratación pública electrónica	290

ÍNDICE GENERAL

	<u>Página</u>
VI. Notas finales: perspectivas de evolución del desarrollo de la contratación electrónica portuguesa	293
CAPÍTULO IX	
ANÁLISIS COMPARADO DE LA LEGISLACIÓN SOBRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE LOS PAÍSES DE IBEROAMÉRICA	295
JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA	
I. Introducción. La aproximación y grandes similitudes en las regulaciones y prácticas administrativas sobre contratación pública en los países de América Latina	295
II. Importancia económica de las compras públicas	297
III. Las leyes y reglamentaciones nacionales sobre contratos públicos y sus constantes reformas. El preocupante mantenimiento de regímenes especiales de contratación. La inseguridad jurídica ocasionada por todo ello	301
IV. El respeto de los principios generales como objetivo principal de las vigentes legislaciones reguladoras de los contratos públicos en América Latina	304
V. Los notables avances en la utilización de medios electrónicos en la contratación pública	306
VI. La participación en acuerdos de libre comercio con capítulos sobre compras públicas	311
ANEXO.- Pautas de actuación adoptadas en la reunión de coordinación de Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales Zaragoza, 12 de junio de 2014	315



Presentación

Con esta nueva entrega –la quinta consecutiva, correspondiente al año 2014– se consolida el objetivo del *Observatorio de Contratos Públicos* como obra que recopila las cuestiones más interesantes relacionadas con la actividad contractual del Sector público.

Esta nueva edición ha sido posible a la financiación del proyecto de investigación concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad (*Hacia una contratación pública eficiente: medidas de simplificación y mejora de los procesos de compra pública*, ref. DER 2012-39003-C02-01) dirigido por el prof. José María Gimeno Feliú.

En esta nueva edición del Observatorio hemos incluido algunos trabajos de prospectiva, con la vista puesta en el proceso de transposición Derecho europeo de contratos públicos a nuestra legislación nacional (ya en fase de anteproyecto). Y se completa con la monografía específica “las Directivas de contratación pública”, que recoge las ponencias y comunicaciones del Congreso de la Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Madrid en febrero de 2015.

Y quiere ser un sentido homenaje al profesor Luis Ortega Álvarez, recientemente fallecido, por el impulso que siempre dio a este proyecto.

Zaragoza, abril de 2015.



Capítulo I

El valor interpretativo de las Directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho “pretoriano”. Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ
Catedrático Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza
(orcid.org/0000-0001-6760-9222)

SUMARIO: I. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA NUEVA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. II. EL VALOR INTERPRETATIVO DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ANTES DEL VENCIMIENTO DEL PLAZO DE TRANSPOSICIÓN III. ¿HACIA UNA TRANSPOSICIÓN EFECTIVA? LAS PRINCIPALES PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DE LA NUEVA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS.

I. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA NUEVA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Las nuevas Directivas de contratación pública (23, 24 y 25 de 2014, de 26 de febrero), la denominada “cuarta generación”, persiguen dos objetivos complementarios: el primero es incrementar la eficiencia del gasto público, para lo cual resulta crucial aumentar la eficiencia de los procedimientos

de contratación, lo que pasa por su racionalización y simplificación¹. El otro objetivo complementario es permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes, como proteger el medio ambiente, hacer un uso más eficiente de los recursos y de la energía y luchar contra el cambio climático, promover la innovación y la inclusión social y asegurar las mejores condiciones posibles para la prestación de servicios públicos de alta calidad². Estas Directivas, cuyos principios se extienden a todas las fases de la contratación (artículo 18 de la Directiva 2014/24) vienen a superar la lógica “armonizadora” de sus predecesoras y optan, como señala G. A. BENACCHIO por prescindir del establecimiento de reglas excesivamente rígidas e invasivas en favor de la promoción de los objetivos de simplificación y eficiencia³. Son textos, por lo demás, de mayor “densidad” que sus predecesoras y se siguen observando parecidas deficiencias técnicas que complican la correcta adaptación de sus reglas a las normas nacionales⁴. Pero a pesar de todo, en mi opinión, suponen un importante avance pues han de permitir replantear el modelo teórico y práctico de la legislación de contratación⁵.

El Estado español tiene la obligación de realizar la transposición en el plazo de dos años desde su publicación, es decir, abril de 2016, lo que obligara a la adopción de una nueva norma legal (o dos, si contamos con la regulación en los denominados sectores “especiales” de agua, energía,

-
1. Lógicamente, sobre esta cuestión, me remito a mi reciente monografía *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
 2. Vid. J. A. MORENO MOLINA, “La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 115 a 163; J. A. MORENO MOLINA, y DOMÍNGUEZ ALONSO, “El nuevo Derecho de la Unión Europea sobre contratación pública”, en la obra colectiva *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014, pp. 139-164; M. M. RAZQUÍN, “Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”, *RAP* n° 196, 2015, pp. 97-13 y J. M. GIMENO FELIÚ, “Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *REDA* n° 159, 2013, pp. 25-89.
 3. Vid. “Verso le Direttive di quarta generazione”, en G. A. BENACCHIO/M. COZZIO, *Gli appalti pubblici: tra regole europee e nazionali*, Egea, Milano, p. 8.
 4. Especialmente crítico, también con el Derecho de la Unión Europea, se manifiesta J. SANTAMARÍA PASTOR, “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública” *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 159, 2013, p. 35.
 5. Me remito a mi monografía *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

transporte y servicios postales) que sustituirán al vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, así como a la Ley 31/2007, de contratación en los sectores “especiales”).

Ciertamente, la obligación de transposición debe ser considerada como una “nueva” oportunidad para regular correctamente una materia tan sensible y de tanta importancia económica y social⁶. Transposición que, además de simplificar y favorecer una transparencia efectiva debe preservar la idea de uniformidad jurídica como fin en sí mismo, por lo que deben preverse soluciones normativas donde resulte indiferente la cuantía o importe del contrato. Los objetivos de las nuevas Directivas –y los principios que las inspiran, que se extienden a todas las fases del contrato⁷– deben servir de modelo general para toda la contratación pública⁸.

Es momento también para actualizar los conceptos y pilares sobre los que se diseñó el modelo institucional del contrato administrativo en España, donde la idea basilar de las “prerrogativas administrativas” cede a favor de un modelo de igualdad de trato, eficiencia e integridad en la gestión de los fondos públicos⁹. Por supuesto, debe hacerse un esfuerzo por incorporar las nuevas categorías y conceptos, pues solo así se puede consolidar el objetivo de uniformidad jurídica pretendido por la normativa comunitaria¹⁰. Lo que exige un contexto de predictibilidad de normas y

6. Sin olvidar el carácter estructurante del ordenamiento jurídico de esta norma, por bien ha explicado M. CARLON en su trabajo “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.
7. Sobre el concreto significado y consecuencias de estos principios me remito a las monografías de J. A. MORENO MOLINA, *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006 y C. VIANA, *Os principios comunitarios na contratação pública*. Coimbra Editora, 2007.
8. Vid. X. CODINA GARCÍA-ANDRADE, “La doctrina de las obligaciones positivas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en la contratación pública: arquitectura constitucional europea y nuevas Directivas”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 50, 2014, pp. 73-101.
9. Idea que expone con claridad el trabajo de J. L. MEILÁN GIL, “Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión”, *RAP* nº 191, 2013, pp. 11 y ss. Esta necesidad de actualización es evidente en los temas de los modificados contractuales (p. 30). En el fondo, se diluye la categoría del contrato administrativo, caracterizado, por un derecho exorbitante, de tal manera que el enigma del contrato administrativo (en sugerentes palabras de ARIÑO ORTIZ, “El enigma del contrato administrativo”, *RAP* nº 172, 2007, pp. 79-102) parece resolverse hacia una regulación del contrato público ya no justificada en el *imperium*, sino en la transparencia para preservar un modelo de concurrencia.
10. No puede olvidarse que, como bien recuerda J. B. AUBY (“*Comparative approaches to the rise of contract in the public sphere*”, *Public Law*, spr, 2007, p. 57), los distin-

de confiabilidad en el modelo de compra, vinculado a la idea o regla de la integridad. Principios alejados de una visión burocrática de la contratación pública, que lo que pretenden es modernizar y racionalizar los modelos productivos y de provisión de servicios desde una perspectiva estratégica tanto en la planificación como en la adquisición y ejecución de los contratos públicos. En pleno siglo XXI, caracterizado por una globalización económica y una competencia sobre modelos diversos de productividad, la estrategia sobre cómo realizar las adquisiciones públicas, se presenta como el principal elemento diferenciador en la propia configuración del modelo económico y social.

Además, y desde la coherencia del modelo, el contenido “armonizado” que se propone en las Directivas, debe servir de referencia también en los contratos no cubiertos, sin que sean posibles regulaciones que comporten efectos contrarios a las reglas y fines de la contratación pública¹¹. Esto significa que los principios comunitarios inherentes a la contratación pública son de directa aplicación a cualquier contrato, sea o no “armonizado”, evitando que existan en la práctica ámbitos de la contratación pública exentos en función su umbral¹².

tos ordenamientos jurídicos nacionales se enfrentan a los mismos problemas y que lo hacen con un grado de similitud superior al que uno pueda inicialmente imaginar. Por ello, un “lenguaje único” es un objetivo irrenunciable. De ahí la importancia de la jurisprudencia del TJUE, que debe seguir siendo el principal parámetro interpretativo de esta nueva normativa comunitaria (que no se caracteriza por la técnica normativa ni fácil comprensión de lo dispuesto). Sobre esta rol de la jurisprudencia comunitaria me remito al trabajo de M. COZZIO, “La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 89-114.

11. No en vano, 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) insistía en esta interpretación. Comunicación cuya legalidad y conformidad con el Derecho europeo fue confirmada por la STJUE de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06, que resolvió el recurso de anulación contra la Comunicación por Alemania, al que se adhirieron como partes coadyuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Bajos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Parlamento Europeo.
12. *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* n° 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 diferentes 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. Y es que, como bien afirma J. M. BAÑO LEÓN, no cabe que un concepto de

II. EL VALOR INTERPRETATIVO DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ANTES DEL VENCIMIENTO DEL PLAZO DE TRANSPOSICIÓN

Como ya se ha dicho, las Directivas, que entraron en vigor a los 20 días de su publicación, conceden un plazo de transposición a los Estados de dos años (18 de abril de 2016). La transposición en España, a diferencia de otros países, se articula mediante la tramitación ordinaria de un proyecto de ley, preparado por el Gobierno de la Nación¹³. Esta opción

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* n° 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.

13. Esta forma de transposición comporta problemas tanto en el cumplimiento de plazos, como de contenido (me remito a mi trabajo “La incorporación del Derecho comunitario al ordenamiento nacional”, *Noticias UE* n° 267, 2007, pp. 61-67). Interesa recordar la Recomendación de la Comisión, de 12 de julio de 2004, relativa a la transposición al Derecho nacional de las Directivas que afectan al mercado interior (texto pertinente a efectos del Espacio Económico Europeo) en la que se advierte que, debido a la falta de rigor en la transposición de las Directivas relativas al mercado interior por parte de los Estados miembros, la Comisión les recomienda que adopten mejores prácticas para una transposición correcta y dentro de los plazos establecidos. En la línea de la Recomendación de la Comisión, conviene apuntar soluciones de técnica legislativa. Si la transposición requiere un acto de los Estados miembros, este acto debería ser un trámite con regulación específica que permitiera una rápida reacción y que lo distinguiera de los trámites legislativos ordinarios.

Una opción, siguiendo el modelo de derecho comparado, podría consistir en que la incorporación al derecho nacional se hiciera mediante acto o resolución de un órgano especializado. En esta línea, el profesor L. MARTÍN-RETORTILLO (*La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Civitas, 2004, pp. 186-187) ha propuesto crear una especie de Gabinete de Vigilancia que avise al gobierno y Parlamento de la existencia de sentencias condenatorias –y entiendo que del efecto directo de las normas y de contravenciones de normas estatales de derecho comunitario en sus distintas variantes– que bien podría descansar en el Ministerio de Justicia o en el Consejo de Estado. Esta última propuesta es ciertamente sugerente y bastaría con una reforma de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, encajando con las funciones inherentes a este órgano constitucional. También podría pensarse en atribuirse esta función a la Comisión Mixta para la Unión Europea, creada por Ley 8/1994, de 19 de mayo, dado que el objetivo específico de esta Comisión es participar en las propuestas legislativas de la Comisión Europea y en el seguimiento del derecho comunitario por autoridades nacionales. También podría optarse por adoptar medidas en el plano de política legislativa (como tienen en otros Estados: Por ejemplo, en Italia mediante Ley anual de transposición de normas comunitarias o en Reino Unido mediante decisión del Gobierno dando

supone en la práctica que la transposición de las Directivas “agote” o supere dichos plazos, lo que plantea problemas jurídicos ya sea a nivel interpretativo, ya sea a nivel de efecto directo, una vez se cumpla el plazo de transposición si no se ha producido la incorporación de la regulación de las Directivas¹⁴.

Interesa en este momento analizar si las Directivas de 2014 ya vigentes tienen algún valor jurídico o si, por el contrario, debe estarse en todo caso al vencimiento del plazo para su incorporación¹⁵. En una primera

cuenta al Parlamento), que obligarían, eso sí, a una reforma constitucional. Otra opción (propuesta de G. ISAAC, *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel, Barcelona, pp. 236-237), sería prever un procedimiento específico de trasposición de las Directivas que fueran similar a la técnica de la delegación legislativa receptiva contenida en los artículos 82 a 86 de nuestra Carta Magna, de tal manera que una Directiva se considerase como una ley de bases con un plazo para aprobar el correspondiente Real Decreto legislativo idéntico al plazo de transposición de la Directiva, estableciendo la plena eficacia de esa “Ley de Bases Comunitaria” –coincidente con la Directiva– caso de vencerse el plazo de mandato. Desde esta perspectiva se cumpliría siempre en plazo con el derecho comunitario, sin necesidad de aplicar la doctrina del efecto directo.

14. Labor que corresponde al juez nacional como juez comunitario (por supuesto, a los órganos de recursos contractuales, en España), tal y como se pone de manifiesto en la STJUE de 2 de junio de 2005, *Koppensteiner GMBH*, al afirmar 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”. (negrita nuestra). Esto nos obliga a interpretar la legislación nacional de forma compatible a los principios e intereses públicos de las Directivas. En todo caso, conviene recordar que cuando se produzca la transposición al ordenamiento español de la citada normativa comunitaria no podremos por ese hecho “olvidarnos de ella en el día a día”, ya que desde una perspectiva estrictamente formal, la norma nacional y sus modificaciones exigen un detallado examen de sus condiciones o requisitos técnico-formales a fin de determinar su validez, pues en la medida en que se vaciara de contenido preceptos de las Directivas comunitarias sería de aplicación la jurisprudencia contenida en el Auto del TJUE de 22 de abril de 1994, en la que se afirma que el incumplimiento del contenido de una Directiva aplicable a un contrato público constituye un perjuicio grave para la legalidad comunitaria, de tal manera que en el mismo se reconoce a la Comisión, en su condición de guardiana de los Tratados, la posibilidad de incoar un procedimiento sobre medidas provisionales paralelamente a un recurso por incumplimiento vinculado a un procedimiento impugnado de adjudicación de un contrato público.
15. Como indica L. MARTÍN-RETORTILLO (*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), el derecho comunitario penetra en los ordenamientos nacionales y desgarrar y descalifica cualquier opción interna que sea incompatible a través de la técnica de

aproximación, y desde la doctrina fijada por la STJUE 4 de julio de 2006, *Adeneler* y otros (Asunto C-212/04) resulta incuestionable que la obligación general de interpretación conforme (interpretación del Derecho interno de conformidad con la directiva) nace únicamente a partir de la expiración del plazo de transposición de ésta.

Esto significaría que, con anterioridad al transcurso del plazo de transposición no rige, en puridad, este principio. Sin embargo, lo cierto es que, como reconoce la propia sentencia *Adeneler*, una Directiva produce efectos jurídicos frente al Estado miembro destinatario a partir de su publicación (no en vano las Directivas despliegan su eficacia desde que entran en vigor). Y aquí es donde cabe preguntarse si tiene fuerza interpretativa el nuevo paquete comunitario en tanto se produce la transposición.

La respuesta, con los matices que se expondrán, debe ser afirmativa, pues solo así (como bien advirtiera el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA) puede preservarse el efecto útil de la normativa comunitaria. Máxime cuando las propias Directivas están imponiendo una determinada interpretación de las normas nacionales, una interpretación *secundum directivam*. Esto explica, además, la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de realizar una interpretación del Derecho nacional lo más conforme posible al Derecho comunitario (existe reiterada jurisprudencia: en particular, las sentencias de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann*, apartado 26; de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer* y otros, apartados 113 a 119 y la jurisprudencia allí citada, y de 4 de julio de 2006, *Adeneler*, apartados 108, 109 y 111).

Desde esta perspectiva, las previsiones de las Directivas de contratación pública, durante el plazo de transposición y hasta que esta fuera efectiva, deben desplegar, cuando menos, un efecto interpretativo que preserve el efecto útil de la nueva regulación (caracterizada, no se olvide, por el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea) lo que obliga a que se reinterpreten las normas nacionales todavía no modificadas o adaptadas en el sentido de “rechazar” las que suponen ir en contra de lo

la inaplicabilidad. En torno a la obligación de interpretación TRLCSP conforme al Derecho comunitario, 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, ob. cit., pp. 49-87, recordando la importancia del principio de interpretación conforme a las exigencias del derecho comunitario –con fundamento en las Sentencias del TJUE 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 el TRLCSP.

que ahora se regula. Se trataría, en definitiva, de un deber jurídico de abstención, a realizar interpretaciones que puedan comprometer gravemente el éxito de las Directivas ya en vigor. Este principio de interpretación conforme, en sentido negativo de abstención, debe operar como criterio exegético desde el mismo momento de entrada en vigor de las Directivas en tanto normas directamente aplicables. Es la consecuencia que se deduce de la doctrina fijada en la STJUE la sentencia de 18 de diciembre de 1997, as. 129/96 *Inter Environment Wallonie*, al advertir que durante el plazo de transposición “debe abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la Directiva”. Como ha indicado M. BELLIDO BARRIONUEVO “desde que la directiva comunitaria es publicada o notificada a los Estados miembros produce efectos jurídicos, en primer lugar y tal y como indicaba el TJCE en la jurisprudencia *Kolpinguis*, las autoridades nacionales deben interpretar su Derecho nacional a la luz de la directiva comunitaria, en segundo lugar, los Estados deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la directiva comunitaria”¹⁶.

En todo caso, el principio de seguridad jurídica será un límite, pues la interpretación conforme no puede conducir a una interpretación *contra legem*, pues en este caso ya no estamos ante una mera interpretación sino ante otro escenario diferente de desplazamiento, de forma indebida, de normas válidas. Tal opción implicaría, en la práctica, la anticipación del efecto directo derivado del deber de incumplimiento de transposición y tal opción no es admisible dentro del sistema de articulación de ordenamientos jurídicos comunitario/nacional (sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 24 de octubre de 2013, Asunto Comisión/España C-151/12)¹⁷.

Así lo ha entendido también la Abogacía del Estado en su Informe 3/2015, de 27 de enero de 2015, en relación sobre la posibilidad de que la Empresa Nacional de Residuos Radioactivos SA (ENRESA) utilice a la Em-

16. M. BELLIDO BARRIONUEVO, “La eficacia interpretativa de la Directiva comunitaria durante el periodo de transposición. El efecto anticipación de la Directiva en conexión con el efecto bloqueo”, *Cuadernos de Derecho Público*. 1997-2007. Número 24.

17. La Comisión reprochaba a España una inadecuada transposición de la directiva marco de aguas. En especial, la problemática se centraba en que la Orden ARM/2656/2008 limitaba expresamente su aplicación a las cuencas hidrográficas intercomunitarias, por lo que el argumento del gobierno español (obviamente, para evitar la condena) postulando una aplicación extensiva de la referida Orden a las cuencas hidrográficas intracomunitarias, supondría una aplicación que excedía del tenor de la citada norma (así parece inferirse de la sentencia y, con mucha más claridad, de las conclusiones del abogado general.

presa para la Gestión de Residuos Industriales SA (ENGRISA) como medio propio y servicio técnico, donde se defiende la aplicación de las previsiones del artículo 12 de la Directiva 24/2014 argumentando lo siguiente:

“el hecho de que no haya concluido todavía el plazo de transposición, no impide, una vez que la Directiva 2014/24/UE ha entrado en vigor, que pueda aplicarse el régimen dispuesto en su artículo 12, y ello en razón de la ponderación conjunta de las siguientes consideraciones:

a) En primer lugar, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (la cual durante el plazo de adaptación del Derecho interno a una Directiva, los Estados miembros destinatarios de esta deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer el resultado prescrito por ésta (sentencias del TJUE de 18 de diciembre de 1997, Int&-Environnement Wallonie, C-129/96, EU:C:1997:628, apartado 45; de 8 de mayo 2003, ATRAL, C-14102, EU:C:2003:265, apartado 58; de 23 de abril de 2009, VTB-VAB y Galatea, C-261/07 y C-299/07, EU:C:2009:244, apartado 38 y de 26 de mayo de 2011, Stichting Natuur en Milieu y otros, C-65/09 y C-167/09, EU:C:2011:348, apartado 78). Puesto que tal obligación de abstención se impone a todas las autoridades nacionales (sentencia de 4 de julio de 2006, C-212/04, Adeneler y otros, EU:C:2006:443, apartado 2, y jurisprudencia allí citada), debe entenderse que se refiere a la adopción de cualquier medida, general o específica, que pueda producir ese efecto comprometedor.

b) En segundo lugar, es también criterio del TJUE que durante el periodo de transposición de una Directiva los Estados miembros están autorizados a seguir aplicando sus sistemas nacionales, aun cuando no sean conformes con la directiva en cuestión (sentencias de 10 de noviembre de 2005, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie, C-316/04, EU:C:2005:678, apartado 42, y de 14 s; le septiembre de 2006, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie, C-138/05, EU:C:2006:577, apartado 42).

Ahora bien, el hecho de que los Estados miembros estén autorizados, durante el periodo de transposición de la Directiva, a seguir aplicando sus normas nacionales, aun cuando no sean conformes con la Directiva pendiente de transposición, no impide que, no haciendo uso de esa facultad de seguir aplicando sus normas internas (la autorización para aplicar sus normas nacionales no es sino una facultad de la que pueden renunciar), puedan aplicar las previsiones de la Directiva, a condición, obviamente, de que no se produzcan perjuicios a terceros.

En relación con esta última exigencia –que no se produzcan perjuicios a terceros–, debe indicarse que la aplicación del régimen dispuesto por el

artículo 12 de la Directiva de continua referencia no da lugar, a juicio de este Centro Directivo, a que se produzcan perjuicios a terceros. En efecto, la admisión de las “encomiendas de gestión horizontal” podría suponer, prima facie, un perjuicio para la libre competencia en la medida en que la posibilidad de que un medio propio y servicio técnico de un poder adjudicador pueda conferir encargos a otra persona jurídica controlada por el mismo poder adjudicador supondría excluir o excepcionar esos encargos de los procedimientos de adjudicación de los contratos basados en los principios de publicidad y concurrencia; ahora bien, esta afectación a la libre competencia ha de entenderse inexistente desde el momento en que si la Directiva 2014/24/UE admite esa posibilidad, ello es debido precisamente a que el legislador comunitario ha entendido que no se distorsiona la competencia, pues, en otro caso no la hubiera reconocido.

c) El plazo de transposición de una Directiva impone obligaciones de carácter positivo a los Estados destinatarios. En relación con estas obligaciones, la jurisprudencia del TJUE tiene declarado que la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una directiva es una obligación imperativa impuesta por el artículo 288 TUE, apartado 3, y por la propia Directiva (sentencias de 26 de febrero de 1986, Marshall, 152/84, EU:C:1986:84, apartado 48; de 24 de octubre de 1996, Kraaijeveld y otros, C-72195, EU:C:1996:404, apartado 55, e Inter-Environnement Wallonie, antes citada, apartado 40). De esta obligación se deriva que, durante el plazo de adaptación del Derecho interno, los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para que, al expirar dicho plazo, se haya alcanzado el resultado prescrito por la Directiva (sentencias Inter-Environnement Wallonie, antes citada, apartado 44 y Stichting Natuur Milieu y otros, anteriormente citada, apartados 84 y 85). Por otra parte existe una obligación de todos los operadores jurídicos de proceder a una interpretación conforme del Derecho nacional con las directivas.

Pues bien, si, una vez que ha entrado en vigor una Directiva y durante su plazo de transposición, los Estados miembros deben abstenerse de realizar actuaciones que comprometan el resultado previsto por esa nueva norma de Unión Europea, si han de adoptar las medidas necesarias para alcanzar ese resultado y si, y esto es muy relevante, la autorización a seguir aplicando sus normas internas (aun cuando éstas no sean conformes con la nueva Directiva) es en realidad una facultad de la que pueden no hacer uso, lo razonable es entender que, habiendo entrado en vigor la Directiva 2014/24/UE y aunque esté pendiente de transposición, es jurídicamente admisible apli-

car las previsiones contenidas en su artículo 12, especialmente cuando, como acontece en el caso que se examina y según lo dicho, el régimen dispuesto en ese precepto es un régimen muy detallado que no hace necesaria la promulgación de una norma de Derecho nacional para posibilitar su efectiva aplicación y cuando, como se ha razonado, la aplicación del repetido precepto no causa perjuicio a terceros” (negrita nuestra).

Similar parecer ha sido también aplicado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña en su Informe 19/2014, de 17 de diciembre, sobre Previsiones con incidencia en materia de PYMES de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la cual se deroga la Directiva 2004/18/CE. Análisis de su aplicabilidad. Así, en relación a la posibilidad de articular lotes (artículo 46 de la Directiva 24/2014), se defiende que:

“la opción de limitar el número de lotes al cual las empresas pueden presentar ofertas y el número de lotes a los que pueden resultar adjudicatarias, son plenamente aplicables en la actualidad, en tanto que no contravienen el régimen jurídico vigente en materia de contratación pública, tanto comunitario como interno –más teniendo en cuenta que su aplicabilidad no se deja a elección de los estados miembros, tal como se desprende de la dicción literal de la Directiva, al hacer referencia a que “los poderes adjudicadores podrán”, “precisarán”, “estarán facultados”.

De hecho, estas previsiones en relación con los lotes introducidas en la Directiva 2014/24/CE no hacen más que confirmar la viabilidad jurídica y la conformidad al derecho comunitario de las posibilidades que, en relación con la división del objeto de los contratos en lotes, ya se dan en la actualidad; de manera que las previsiones sobre este aspecto de la Directiva no implican nuevas posibilidades para los poderes adjudicadores, sino únicamente su mención explícita para “animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes” con la finalidad de aumentar la competencia y facilitar la participación de las PYME en la contratación pública (considerando 78 de la Directiva 2014/24/CE)”.

Por supuesto, se deberá aplicar ya la Directiva si son previsiones que desarrollan o refuerzan las previsiones de las anteriores Directivas o si son plasmación de doctrina del TJUE. Así, en este Informe se concluye que se pueden aplicar las previsiones de compra conjunta y que se consideran como buenas prácticas ya aplicables actualmente, la aplicación de las previsiones de la Directiva 2014/24/CE relativas a la reducción de cargas administrativas de los operadores económicos mediante, tanto los certificados de inscripción en el

registro de empresas licitadoras, como la admisión de declaraciones responsables para participar en los procedimientos de contratación pública; la no exigencia de un volumen de negocios mínimo anual superior al doble del valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados; y efectuar consultas del mercado con vistas a preparar la contratación e informar a los operadores económicos sobre sus planes y sus requisitos de contratación.

En definitiva, existe ya fuerza jurídica de las nuevas Directivas de contratación pública de la que deriva que, antes del plazo de transposición de las Directivas sea posible la interpretación conforme a las mismas del marco nacional vigente (como ya ha realizado en el Acuerdo 37/2014, de 30 de junio de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, o en la Resolución nº 143/2014 del Tribunal administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 10 de septiembre de 2014 al utilizar el concepto de riesgo operacional para delimitar cuando existe una concesión de servicios, y que se regula en la Directiva 23/2014, de concesiones), siempre con el objetivo de no realizar una interpretación que puedan frustrar la finalidad (obviamente futura) de las Directiva y que no se comporte como una interpretación *contra legem*¹⁸. Solo así se garantiza un efecto útil del Derecho de la Unión europea que es, por supuesto, de obligado conocimiento por cualquier operador jurídico (el reciente Acuerdo del TACPA 60/2015, de 15 de mayo, con la cita de la doctrina Adeneler, recuerda la vigencia de las nuevas Directivas y sus consecuencias prácticas).

Junto a este valor interpretativo de las Directivas comunitarias, no puede desconocerse la **existencia de un derecho pretoriano que vertebró el sistema**¹⁹. En un una materia tan sensible y a la vez tan cambiante, existe una importante “fuente de derecho”, ya que la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea ha conformado un sólido y coherente derecho pretoriano,

-
18. El Informe 7/2014, de 13 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón ya utiliza esta práctica interpretativa al determinar el valor estimado del contrato: “... el valor estimado es el importe total «a pagar» (el TRLSCP habla de «pagadero» y el artículo 5.1 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, se refiere al importe total a pagar), y no el importe «a percibir» el poder adjudicador por el uso de sus instalaciones. En segundo lugar, porque el contratista percibe un precio cierto, expresado en euros, como contraprestación de su servicio, con independencia de quien lo abone. El hecho de que el valor estimado lo determine el órgano de contratación no implica que sea éste quien deba abonarlo en todo caso. Aquí más bien resulta de aplicación la previsión del artículo 8 de la Directiva 23/2014, de concesiones: «el volumen de negocios total de la empresa concesionaria generados durante la duración del contrato, excluido el IVA, estimado por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, así como de los suministros relacionados con las obras y los servicios.
19. Me remito en extenso a mi trabajo «La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE», próxima publicación en *RÉDA* 2015.

que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea²⁰. De hecho, son, en la práctica, una especie de codificación, que dota de coherencia y seguridad jurídica al sistema. Así, los conceptos “comunitarios” deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE²¹. Doctrina que debe ser conocida y respetada por los distintos intérpretes o aplicadores de las reglas de la contratación pública, lo que limita interpretaciones o prácticas nacionales que pretendan una visión “local” de las normas de contratos públicos²². Existe, en consecuencia, una “armonización” a escala de doctrina TJUE que impide que se laminen los principios de la contratación pública y que exige una interpretación funcional (y no formal)²³. Esto explica porque los órganos de control nacionales, en tanto “juez comunitario”, aplican esta doctrina²⁴.

III. ¿HACIA UNA TRANSPOSICIÓN EFECTIVA? LAS PRINCIPALES PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DE LA NUEVA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS

El Estado Español inició los trámites de transposición antes de la aprobación definitiva de las Directivas, mediante la creación de un grupo

20. En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, *Vid.* COZZIO, M., «La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública», en GIMENO FELIÚ (Dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013.
21. *Vid.* 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; y M. SÁNCHEZ MORÓN, “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación”, en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 81-102.
22. Para conocer como se ha realizado la transposición de la normativa de contratación pública en los distintos Estados miembros es de especial interés la excelente monografía anteriormente citada, dirigida por M. SÁNCHEZ MORÓN, *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
23. Como explica muy bien C. CHINCHILLA MARÍN (“La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos...”, *ob. cit.*, pp. 38-39), la interpretación del derecho comunitario de los contratos públicos debe respetar tres reglas: a) se debe realizar desde la lógica del derecho comunitario y no desde los derechos nacionales, b) la interpretación debe tener un alcance funcional/finalista y c) debe practicarse una interpretación amplia del derecho comunitario cuando se pretende determinar, en clave positiva, el ámbito de aplicación de esta normativa y, por el contrario, estricta, si se trata de “excluir” su aplicación.
24. Esta jurisprudencia es parámetro interpretativo de los derechos nacionales, pero su influencia se extiende también al cuerpo normativo. Lo destaca bien M. SÁNCHEZ MORÓN, “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II)...”, *ob. cit.*, p. 82.

de expertos (GELEC) que se constituye en enero de 2014, con dirección del Director General Patrimonio. Este grupo, tras un año de trabajo, presentó un primer documento definitivo en enero de 2015, iniciándose la tramitación formal para su presentación como proyecto de Ley²⁵.

25. Mediante Disposición Adicional se determina el criterio de atribución competencial. De la lectura de este precepto –al margen de que sea constitucionalmente discutible el sistema de lista para determinar lo básico en favor del Estado (la Ley 31/2007, de 30 de octubre, no sigue por lo demás este modelo)– pudiera desprenderse la opinión del escaso margen de maniobra competencial de las Comunidades Autónomas. Visión en modo alguno correcta ya que esta Disposición TRLCSP exige una interpretación desde la perspectiva de los marcos estatutarios vigentes (y no a la inversa ya que el Estatuto tiene una indiscutible función constitucional). El núcleo duro de las normas que merecen el calificativo de lo básico de la contratación pública son las disposiciones generales, los elementos estructurales y los procedimientos de selección y adjudicación de contratos (materias, que, por cierto, tienen directo fundamento comunitario). También serán básicas las normas que regulan el régimen jurídico de los contratos calificados como administrativos. Así, por contra, no tendrán carácter de básico en modo alguno las cuestiones de organización administrativa y de gestión contractual (incluyendo las relativas a preparación del contrato ligadas a éstas). Ciertamente, a partir de la competencia estatal exclusiva sobre la legislación básica de contratos, se reconoce a las Comunidades Autónomas la de dictar normas de desarrollo en el espacio definido por aquellas (STC 68/1988, de 19 de abril) y su ejecución. conviene abordar el alcance de esta competencia exclusiva del Estado sobre contratación y concesiones administrativas. J. SANTAMARÍA (*Comentarios a la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra*, MAP, Madrid 1992, pp. 521-522) ha señalado la heterogeneidad del concepto de contratos administrativos, que incluye materias con títulos competenciales diferentes. Los aspectos organizativos de la contratación y clasificación de los contratistas corresponderían a la competencia de organización administrativa. La regulación de los contratos de entes instrumentales privados es competencia referida a organización del sector público. Los aspectos procedimentales respecto a la elaboración de proyectos, selección de contratistas y recepción de obras tendrían como título competencial el de los procedimientos administrativos. Sólo las normas sustantivas contractuales para las Administraciones Públicas, como las relativas a la capacidad para contratar, el precio y la formalización y ejecución del contrato, estarían amparadas en el apartado de contratos y concesiones administrativas a que se refiere el artículo 149.1.18 CE. El Tribunal Constitucional asimila el contenido básico a los principios y garantías comunitarios, que implica para la Comunidad Autónoma el deber de adecuar su competencia a los mismos, al transponer la normativa, lo haga o no el Estado por medio de leyes de bases. Sobre todo, si consideramos en cuenta que las Directivas son normas de resultado, como se desprende de su propio contenido y alcance normativo, fundamentadas en unos principios que, por su parte, debe asumir la legislación básica estatal. Por tanto, a efectos del ejercicio de la competencia propia de la Comunidad Autónoma, su referencia sustancial son los principios y objetivos del Derecho comunitario que son, a su vez, los principios de la legislación básica estatal. Nada cuestiona esta interpretación la reciente STC 56/2014, de 10 de abril, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad y que contiene doctrina en materia de reparto de competencias entre Estado y CCAA sobre contratos administrativos, a la vez que declara la nulidad de la ley cántabra que exceptiona la prohibición de pago

Con los textos preparados –ahora anteproyectos²⁶– se ha intentado correcta transposición de las Directivas 23, 24 y 25 de 2014. En lo que debe

aplazado. En esta sentencia se afirma que “En lo que concierne al reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la materia «contratos administrativos» aparece diferenciada en el artículo 149.1.18 CE, aunque forme parte del amplio haz de competencias recogidas en el mismo precepto constitucional, que tienen diverso alcance y naturaleza, y cuya heterogeneidad impide un tratamiento unívoco (STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 11). Regida así la legislación sobre contratos administrativos por un título competencial específico, esta circunstancia por sí sola impide aceptar la operación de subsunción en otros ámbitos competenciales que propone el Gobierno de Cantabria. Según la doctrina de este Tribunal, recapitulada en la STC 120/2012, de 4 de junio, FJ 5: «desde un principio, venimos manteniendo que en materia de delimitación de competencias la regla de más amplio alcance debe ceder ante la regla más especial’ [SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 6; 87/1985, de 16 de julio, FJ 8; 87/1989, de 11 de mayo, FJ 3 a); y 193/1998, de 1 de octubre, FJ 1]. O, lo que es lo mismo, que el título específico ha de prevalecer sobre el genérico (SSTC 48/1988, de 22 de marzo, FJ 2; 49/1988, de 22 de marzo, FJ 11; y 80/1988, de 28 de abril, FJ 3), sin perjuicio de que igualmente hayamos afirmado que “a este criterio no se puede atribuir un valor absoluto” (STC 213/1988, de 11 de noviembre, FJ 3)”. Y, recogida la competencia en los Estatutos, la Comunidad podrá legislar sobre contratación pública respetando, claro, lo básico (Vid. A., SANMARTÍN MORA en su trabajo “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, pp. 405-428). Opción seguida, por ejemplo, por la Comunidad Foral de Navarra mediante la Ley, 6/2006, de 9 de junio. (la justificación de este ámbito competencial puede verse en el trabajo de CRUZ ALLI ARAGUREN, J., “La competencia de la Comunidad Foral de Navarra en materia de contratos”, en libro col. *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos*, Colección Pro Libertate, Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 2007, pp. 45-120).

26. El Consejo de Ministros de 17 de abril de 2015 ha aprobado el Informe sobre los Anteproyectos de modificación de la legislación de contratos públicos en España. El comunicado oficial es el siguiente:

INFORME SOBRE LOS ANTEPROYECTOS DE NUEVA NORMATIVA PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA:

“Se incorpora a la legislación española el paquete de Directivas Comunitarias de Contratación Pública y tiene como objetivos primordiales mejorar la transparencia y la competencia en la contratación, así como agilizar los procedimientos fomentando la utilización de medios telemáticos.

El Consejo de Ministros ha recibido dos informes del ministro de Hacienda y Administraciones Públicas sobre los Anteproyectos de Ley de Contratos del Sector Público y de Contratos en los sectores específicos del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Los Anteproyectos se someterán a diversos trámites e informes preceptivos antes de su remisión por el Consejo de Ministros a las Cortes Generales. Estos dos Anteproyectos incorporan a la legislación española las tres Directivas Comunitarias sobre contratación pública que fueron publicadas el mes de marzo de 2014 y algunas de sus principales novedades son las siguientes:

– Se introduce un nuevo procedimiento de adjudicación denominado de “asociación para la innovación”, para aquellos casos en que resulte necesario realizar actividades de I+D en obras, servicios y productos, para su posterior adquisición por la Administración. Los candidatos seleccionados realizarían las actividades

de I+D requeridas y se adjudicará finalmente el contrato al que ofrezca la mejor relación calidad-precio.

– Se amplía el ámbito subjetivo de la Ley que, en determinadas circunstancias y supuestos, se aplicará a partidos políticos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales, cuando su financiación sea mayoritariamente pública.

– Se apuesta decididamente por la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos contemplados en la Ley.

– Con el objetivo de reducir las cargas administrativas se generaliza el uso de las llamadas “declaraciones responsables”, en las que el empresario simplemente manifiesta que cumple los requisitos para acceder a la licitación, sin necesidad de presentar documentación justificativa hasta el momento en que resulte adjudicatario del contrato.

– Para conseguir una mayor transparencia, se restringe notablemente el denominado “procedimiento negociado” (que no tiene publicidad), eliminando el motivo de la pequeña cuantía del contrato dentro de los supuestos que hoy día permiten su utilización. Sin embargo, para no perder las ventajas de agilidad que tiene este procedimiento, se crea uno nuevo, el Procedimiento Abierto Simplificado, en el que la duración del proceso de contratación será muy breve (alrededor de un mes), pero que, sin embargo, será totalmente transparente, con publicación obligatoria en Internet.

– Se fomenta e impulsa la competencia a través de diversos mecanismos tales como:

La introducción de un incentivo para que los contratos se dividan en lotes. Hasta este momento, la normativa vigente exige que se motive y justifique la existencia de diversos lotes en un contrato. A partir de la nueva Ley, el principio será justamente el contrario y se deberá justificar como excepcional el hecho de que no existan lotes. Esta división en lotes favorece especialmente el acceso de las PYMEs a los contratos públicos.

La restricción en la utilización de los llamados “medios propios” (entidades creadas por una Administración o poder adjudicador para la realización de determinadas actividades sin someterse a un procedimiento de contratación). En la nueva Ley aumentan las exigencias para garantizar que la utilización de estos medios propios está suficientemente justificada y no es un modo de eludir la publicidad y concurrencia características de la contratación pública.

– Se incorpora una nueva regulación, más equilibrada, de la regulación de la responsabilidad patrimonial aplicable a las concesiones. En la normativa actual, si hay un resolución de la concesión, sea cual sea su causa, la Administración debe abonar al concesionario las inversiones que ha realizado. Con la nueva normativa, si la resolución se produce por una causa imputable al contratista, como ocurre en los casos de insolvencia o concurso de acreedores, la indemnización se determina por el valor de mercado de la concesión. Este nuevo régimen incentivará que se produzca un cálculo riguroso de las inversiones necesarias en la concesión y una mejor gestión, ya que el concesionario, si la resolución le es imputable, ya no tendrá garantizada la recuperación de la inversión.

– Para mejorar la gobernanza en esta materia, se crea en el seno de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado un Comité de Cooperación, en el que participarán Comunidades Autónomas y Entidades Locales, que será un órgano de encuentro, cooperación y unificación de criterio, así como de recopilación de información para elaborar el informe de supervisión que debe remitirse cada tres años a la Comisión Europea”.

ser la nueva Ley de Contratos del Sector Público. Son 340 artículos y 35 Disposiciones Adicionales. Es cierto que puede parecer un texto “continuista” o, en palabras de S. DEL SAZ, “un mismo traje con distintas rayas”²⁷. Sin embargo, existen notables diferencias que hacen que este texto pueda impulsar una diferente “gestión práctica” de la contratación pública. Intentaré, aun de forma sucinta, dar cuenta de las principales novedades que se han incorporado al actual anteproyecto de abril de 2015:

a) Con relación a la sistemática formal, se decide, como premisa previa, no hacer una Ley *ex novo*, sino “partir de la” estructura TRLCSP de 2011. Existirán así dos leyes: Ley de Contratos del sector público y Ley de Contratación en sectores especiales que vendrán a sustituir al TRLCSP y a la Ley de contratación en sectores especiales. El articulado de esta Ley se ha estructurado en un título preliminar dedicado a recoger las disposiciones generales en esta materia y cuatro libros sucesivos, relativos a la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos (Libro I), la preparación de los contratos administrativos, la selección del contratista y la adjudicación de estos contratos, así como los efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos (Libro II), los contratos de otros entes del sector público (Libro III), y, por último, la organización administrativa para la gestión de la contratación (Libro IV). Una de las principales novedades es que se adopta una **uniformización del régimen jurídico** en la licitación, con independencia de la naturaleza pública o privada del poder adjudicador. Hay novedades en simplificación, que conllevan descarga burocrática y mayor agilidad en tramitación/adjudicación. Se introduce la mención CPV con el objetivo de favorecer una mejor tipificación contractual y una mayor transparencia.

b) Se conserva la redacción artículo 1 y 2, con la introducción al principio de integridad. Es una señal de que la Ley pretende combatir la problemática de la corrupción. Y, no es una mera cuestión formal, pues amén del efecto didáctico de su inclusión, se refuerza la idea de que la integridad (la honradez), no es un simple principio ético, sino que tiene –y debe tener– efectos jurídicos.

c) Se da nueva redacción artículo 3 para aclarar concepto poder adjudicador: párrafo 1 se mantiene para definir que es sector público. El párrafo 2 indica quien es poder adjudicador y se utiliza el sistema de lista. El párrafo 3 se indica quien es Administración Pública. Se suprime la mención a que las Entidades Públicas Empresariales no se comportan como

27. S. DEL SAZ, “La nueva Ley de Contratos del Sector Público ¿un nuevo traje con las mismas rayas?”, *RAP*, 174, 2007.

Administración Pública y en todo caso, se acuerda que solo las entidades de derecho público que sean efectivamente de mercado serán no Administración Pública a efecto de esta Ley. Como novedad importante –en relación a lo que ya hemos expuesto– es que se incluye a partidos políticos y sindicatos y organizaciones empresariales si hay financiación pública mayoritaria. Sin duda un cambio de indudable interés, máxime en el actual contexto de falta de transparencia de la gestión política que cuestiona la propia legitimidad de las instituciones administrativas²⁸.

d) En negocios excluidos se decide mejorar la sistemática, con varios preceptos distintos que contengan una materia idéntica y un último “cajón de sastre”. En cuestión de convenios (se introduce de “cooperación”), se sustituye “naturaleza” **por contenido y causa** (se pretende evitar fraudes y favorecer el control y evitar que bajo subterfugios formales se esconda una relación que es un contrato público). La letra d) se cambia la mención de Administración Pública por la del poder adjudicador. Asimismo, se da sustantividad a compra pre-comercial.

e) Se regula la cooperación vertical y horizontal. Se opta por utilizar las categorías y conceptos comunitarios, con el fin de favorecer la predictibilidad. Así, no se habla de encomiendas sino de encargos. Encargos que deben ser objeto de publicidad con el fin de garantizar, mediante el control, la idoneidad de cada encargo. Los entes que tengan consideración de medios propios deben **contar con los medios idóneos**²⁹. En todo caso, cien por cien capital público. Son necesarios, además, otros requisitos: que la empresa que tenga el carácter de “medio propio”; disponga de medios suficientes, para cumplir el encargo que se le haga; que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa; que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20% de su actividad.

28. Se ajustan, igualmente, ciertas previsiones relativas a la Administración local, tanto en materia de organización, cuantías de contrato menor en función de población y de elementos de control. Sobre la incidencia de la Directiva 2014/24 en la Administración local resulta de especial interés el trabajo de M. A. BERNAL BLAY, “La contratación de las Entidades Locales en el nuevo paquete legislativo europeo sobre contratación pública”, *REALA* nº 2, nueva época, 2014.

29. Criterio defendido en el Informe 65/07, de 29 de enero de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado –«Consideración de medio propio de un Ayuntamiento y de sus organismos autónomos de una sociedad municipal y procedimiento de encomienda de gestión»–, añade a los requisitos mencionados el de la idoneidad del ente para recibir y prestar el encargo afirmando: “Habrá que añadir un último requisito, como es la idoneidad para ejecutar la encomienda de gestión y en tal sentido debe disponer de personal y medios materiales y técnicos necesarios para ejecutar la encomienda”.

f) Los contratos celebrados en el ámbito de la Defensa y Seguridad, seguirán rigiéndose por su correspondiente Ley específica, en los supuestos en ella determinados. Se delimita en el texto, así mismo, la aplicabilidad de la presente Ley o de la ley específica, según los distintos supuestos posibles en el caso de contratos referidos a los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

g) En la tipología de contratos hay **ajuste de definiciones de obras y servicios (concepto funcional de obras**: que exista influencia –STJUE 30 octubre 2009–). Se decide qué plazo de estos últimos será común a todo poder adjudicador con excepciones (inversiones, etc.). El plazo ordinario es de 5 años (porque es el que referencia la Directiva concesiones). Desaparece contrato de colaboración público-privada y CPPI³⁰. A la vista de la experiencia práctica se pretende evitar confusiones o incorrecto uso. En todo caso, la opción de realizar CPP (desde de la perspectiva de SEC 2010) se encuentra en la regulación de concesiones. Se incorpora definición contrato servicios conforme al Derecho de la Unión Europea. Así, se incluye contrato concesión de servicios que se caracteriza por la existencia de riesgo (ya no hay contrato de gestión de servicios públicos: se eliminan las figuras del concierto y de la gestión interesada). Se adopta el **criterio del riesgo operacional** como elemento para delimitar concesión de contrato³¹. El plazo concesiones queda vinculado al plazo necesario retorno inversiones.

Se define el contrato mixto con la regla general de valor estimado de las prestaciones. Se aclara que los contratos administrativos/privados son, en esencia, “régimen jurídico”.

30. A favor de esta eliminación de contrato CPP del artículo 11 TRLCSP se puede ver la opinión de M. MAGIDE HERRERO, “Marco legal de la colaboración público-privada; algunas referencias particulares al ámbito de la defensa”, en libro col. *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, ed. AESMIDE/Fundación Areces, Madrid, 2012, pp. 68-69. Ciertamente, como bien ha sistematizado, en un análisis exhaustivo, son muchas las variables y complejidades de este tipo contractual “específicamente español” y, quizá, por ello convenga su eliminación para uniformizar las categorías y conceptos en un marco normativo europeo. Máxime, como indica M. HERNANDO RYDINGS, en contratos de estas características, que aconsejan la mayor certeza del entramado jurídico y económico. *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, 2012, pp. 534-541. También M. A. FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, “El necesario cambio de configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ante su escaso empleo en la práctica”, *REDA* núm. 167, 2014, pp. 293-326.

31. Existen problemas derivados de SEC 2010: ahora es transferencia de riesgo de demanda, o riesgo de oferta, o de ambo (son, pues, distinto a criterios de SEC 95). Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010 puede consultarse el trabajo de A. B. MACHO PÉREZ y É. MARCO PEÑAS, “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT”, *RAP* n° 194, 2014, pp. 437-474.

h) Se decide **reformar tema jurisdicción superando la dualidad jurisdiccional**. Toda fases de preparación y adjudicación, al margen de importe y naturaleza poder adjudicador, se residencia en orden contencioso³². Existe ahora coherencia con la solución adoptada por el actual artículo 2 b) LJ de 1998, que establece la regla (que no debería ser alterada por la legislación de contratos, en tanto legislación sectorial), de que todas las cuestiones de preparación y adjudicación de cualquier poder adjudicador se deben residenciar en sede contenciosa³³.

La opción de diferenciar por la consideración de contrato armonizado o no armonizado que estableció el artículo 21.2 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 se separaba, pues, de una interpretación uniforme que residenciaba en el orden contencioso los contratos públicos de entes no Administración Pública. Así, de forma “sorprendente” habilitaba la competencia del orden civil en los contratos no armonizados de los poderes

32. No resulta posible una solución formal anclada en la idea rígida del contrato administrativo, pues, como bien ha explicado O. MIR PUIGPELAT el Derecho Administrativo se define en la actualidad no solo sobre la base del elemento subjetivo –Administración pública– sino también a partir de su consideración como Derecho exorbitante que se dirige a conciliar el interés general y el particular. Y resulta evidente tal condición en cualquier contrato público (donde las reglas y principios son públicos), tal y como ya advirtiera, por cierto, el Tribunal Supremo en la conocida sentencia Hotel Andalucía Palace (nº 2113/1965 de 4 de febrero) donde el dato de que existen reglas administrativas es lo que decidió la competencia a favor del orden contencioso (en un contrato de una empresa pública).
33. De hecho, con la LCAP de 1995, ya la sala de lo civil se declaró incompetente en contratos de empresas públicas al afirmar: “*que «no cabe duda de que el contrato cuyas consecuencias jurídicas se presentan ante el Tribunal Civil es de naturaleza administrativa: así lo revela el procedimiento administrativo de licitación y de adjudicación de la obra contratada, la previa determinación de los correspondientes pliegos de condiciones administrativas y técnicas, y, en fin, la propia tipología del contrato, que no es sino de las obras públicas, y celebrado por una empresa pública municipal, como lo es «Aguas del Puerto, Empresa Municipal, S.A».* A tal respecto es bueno recordar que el artículo 1º de la Ley 13/95 (RCL 1995, 1485, 1948) de Contratos de las Administraciones públicas, establece que los contratos que celebren las Administraciones Públicas se ajustarán a las prescripciones de la citada Ley, a cuyos efectos se entenderá por Administraciones Públicas también a las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de derecho público, notas éstas que se dan de forma expresa en la empresa pública expresada, dedicada al suministro de aguas potables de El Puerto de Santa María, y cuyos cargos directivos son nombrados y sus presupuestos aprobados por el Ayuntamiento de dicha ciudad, debemos ratificar la resolución de la Audiencia” (Sentencia nº 776/2005 de 11 octubre [RJ 2005, 857]).

adjudicadores que no son Administración pública, lo que venía a “resucitar” la dualidad de jurisdicción con sus sabidos inconvenientes procesales y de seguridad jurídica. La cuantía del contrato sirve para fijar el órgano competente, siendo ajeno a la lógica de la naturaleza del sujeto o del interés público como criterios delimitadores.

Es –y debe ser– el criterio funcional de poder adjudicador y no formal de Administración Pública, el que determina ante qué orden jurisdiccional se residencia la competencia. Máxime cuando el artículo 2 LJ viene admitiendo la categoría de los actos “materialmente” administrativos. En definitiva, en una actividad como la de los contratos públicos tan sensible desde una perspectiva económica, es necesario dotar a la arquitectura jurídica del control de la necesaria coherencia, que garantice el máximo de seguridad jurídica y favorezca la predictibilidad. Y, por cuanto resulta evidente que en la fase de preparación y adjudicación de cualquier contrato público (incluyendo las modificaciones ilegales), sea o no realizado por una Administración pública, hay un interés público relevante, debe corresponder a la jurisdicción contencioso-administrativa su fiscalización³⁴.

Desaparece la previsión a arbitraje para los contratos de las Administraciones públicas, para que sea decisión de cada Administración pública.

i) En el ámbito del recurso especial se mejoran los aspectos de invalidez y **desaparece cuestión de nulidad contractual**, que se integra en recurso especial. El **recurso especial se configura con carácter obligatorio**. Se establece que es para importes armonizados, pero se deslegalizan las cuantías. Así, las Comunidades Autónomas (como ya han hecho Navarra y Aragón) podrán rebajar los límites (lo que permite un mayor control de los contratos de la Administración local y de la institucional). Se refuerza la planta bajo la previsión de que no existan tribunales locales³⁵. La decisión de la Comunidad Autónoma atrae la competencia del concreto órgano de recursos contractuales (la planta debe ser “cerrada” y coherente, por lo que no deben existir órganos de control de ámbito local).

34. Por otra parte, desde la lógica de la arquitectura de los principios procesales sobre los que se fija la competencia, básicamente sujetos y objeto, con causa de interés público, resulta incomprensible que el criterio cuantía pueda determinar un cambio de orden jurisdiccional, posibilidad contraria al buen funcionamiento del Estado de Derecho y de la necesaria seguridad jurídica pues la dualidad jurisdiccional en asuntos de misma materia y sujetos quiebra los mismos. Critican por ello, entre otros, la opción del artículo 21 TRLCSP los prof. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ (*Curso Derecho Administrativo*, vol. II, 2013, p. 622).

35. Me remito a las consideraciones de mi estudio “Los Tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del INFORME CORA. Balance y prospectiva”, *Revista Derecho Público de Cataluña* nº 47, 2013.

Se reconoce una legitimación amplia conforme doctrina tribunales administrativos (se entiende que incluye doctrina del Tribunal Constitucional sobre la legitimación de concejales)³⁶. Hay un nuevo sistema de impugnación plazos de los pliegos (que incorpora la doctrina de la Audiencia Nacional). **Las comunicaciones son electrónicas** en todo caso. Y se extiende el objeto del recurso contra modificaciones y encargos ilegales (lo que supone que ya no es recurso precontractual)³⁷. Se elevan las multas por temeridad o mala fe en la interposición del recurso a 30 000 euros³⁸. Los diferentes órganos de recurso que sean creados acordarán las fórmulas de coordinación y colaboración más adecuadas para favorecer la coherencia de sus pronunciamientos y para la unificación de su doctrina en relación

36. La legitimación no puede ser un obstáculo para analizar la legalidad de un procedimiento contractual, siempre que se acredite un interés directo y no una mera expectativa. El recurso especial debe interpretarse desde la lógica del artículo 24 CE confiere a todas las personas –personas físicas o personas jurídicas– el derecho a acceder a un tribunal (u órgano independiente de control) para interesar la protección de sus derechos e intereses legítimos individuales o colectivos, lo que obliga a interpretar las normas procesales que regulan la atribución de legitimación de forma razonable, en sentido amplio y no restrictivo, con la finalidad de otorgar tutela judicial al administrado y de garantizar la fiscalización del cumplimiento de la legalidad por parte de la Administración (SSTC 28/2005, de 14 de febrero), y 139/2010, de 21 de diciembre). En todo caso, debería avanzarse hacia una legitimación amplia, dado que la verdadera finalidad del control debe ser garantizar el derecho a una buena administración –como recuerda la Directiva 2007/66–.
37. Sobre el carácter no precontractual del recurso especial puede verse mi trabajo *La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable*, en libro col. *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, pp. 99, 83-140.
38. Como recuerda la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) en su Sentencia de 14 mayo 2014. (JUR 2014, 157183), el artículo 47.5º TRLCSP otorga la posibilidad de imponer una multa al recurrente cuando aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso. La finalidad de esta facultad de imponer una multa no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta que el mismo sea resuelto (art. 45 TRLCSP). Obviamente, la denominación de multa no implica que tenga naturaleza sancionatoria, pues su finalidad es de protección del uso adecuado del sistema del recurso especial para conciliar adecuadamente los distintos intereses públicos. Tendría su equivalente en la previsión del artículo 247 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, sobre respeto a las reglas de la buena fe procesal y multas por su incumplimiento, donde se dice que *“si alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrán imponerle, en pieza separada, mediante acuerdo motivado, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio. Para determinar la cuantía de la multa el Tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar”*. Así, es una facultad de carácter procesal del Tribunal administrativo decidir si concurren estas circunstancias de mala fe y temeridad para imponer la multa.

con las cuestiones que sean sometidas a su conocimiento. Dichos órganos podrán además proponer los ajustes normativos y recomendaciones que resulten pertinentes para un mejor funcionamiento de los mecanismos de recurso previstos en la normativa sobre contratos públicos (Disposición Adicional 24).

j) En lo relativos a las cuestiones de solvencia se aclara como condición de ejecución lo que son adscripción de medios. La clasificación empresarial se mantiene solo en contratos de obras de más de 500 000 euros. Importante novedad, desde la perspectiva de simplificación, es que se establece la **declaración responsable** como regla general en todo procedimiento abierto. Y se regula el modelo de documento. Hay un precepto (artículo 64) dedicado a Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses. Se establece nuevo modelo prohibición de contratar, que es el mismo para cualquier poder adjudicador, sea o no Administración Pública. Se extiende el régimen de familia (la prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses) y se ajusta la prohibición al “contrato”. Se regula un nuevo sistema y procedimiento de determinación de las prohibiciones de contratar (vinculado a cada contrato).

k) Se revisan, a efectos de su homogeneización, las diversas expresiones que se utilizaban en el Texto Refundido anterior para referirse al valor de los contratos, por ejemplo “cuantía” o “importe del contrato”, reconduciéndose en la mayor parte de los casos al concepto de “valor estimado” del contrato, que resulta ser el correcto. Este concepto queda perfectamente delimitado en la nueva Ley, al igual que lo están el de “presupuesto base de licitación” y el de “precio del contrato”, evitándose, de esta forma, cualquier posible confusión entre ellos.

l) En materia de procedimientos, se regulan las consultas preliminares al mercado (art. 115) y se introduce el **procedimiento abierto con tramitación simplificada** (muy similar al de la Ley 3/2011 de Aragón). Los umbrales para su utilización son los no armonizado en suministros y servicios y 2 millones en obras (salvo el poder adjudicador no Administración pública, que lo puede utilizar para todo importe). Hay una novedosa regulación del **procedimiento negociado con más detalle**. Existe obligación de negociar delimitando ponderación (causa de nulidad). Se mantiene la previsión de no negociar que contiene la Directiva (ej. Derechos especiales, etc.). **Desaparece el supuesto de procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía (con**

la evidente intención de evitar opacidad y los supuestos de corrupción), lo que se “compensa” con la nueva regulación del procedimiento abierto simplificado. Se mantiene contrato menor y sus cuantías. Se ajustan las mismas en función municipios de menos 5000 habitantes (como en Aragón). En el ámbito de la innovación y desarrollo, con la idea de favorecer a las empresas más innovadoras, destaca especialmente la introducción del nuevo procedimiento de asociación para la innovación. Se ajusta el procedimiento del diálogo competitivo a novedades de la Directiva (reforma técnica).

m) Sobre los Acuerdo Marco, la nueva normativa prevé la posibilidad de adjudicar contratos con base en un acuerdo marco estará condicionada a que en el plazo de treinta días desde su formalización, se hubiese remitido el correspondiente anuncio de la misma a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, en el caso de que se trate de contratos sujetos a regulación armonizada y efectuado su publicación en el perfil de contratante del órgano de contratación, y en el «Boletín Oficial del Estado» en el caso de los Acuerdos Marco celebrados en la Administración General del Estado Administración General del Estado y por las entidades vinculadas a la misma que gocen de la naturaleza de Administraciones Públicas.

Sólo podrán celebrarse contratos basados en un acuerdo marco entre las empresas y los órganos de contratación que hayan sido originariamente partes en el mismo (salvo lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 225 en relación con los acuerdos marco celebrados por centrales de contratación).

En todo caso, las empresas parte del acuerdo marco estarán obligadas a mantener en el acuerdo marco los precios con que concurrieran en el mercado, si éstos mejoraran los de la adjudicación del acuerdo marco, siempre que las condiciones aplicables a la prestación fueran similares.

n) Lógicamente, la propuesta de normativa incluye medidas a favor PYMES³⁹: **nueva regulación de la división en lotes de los contratos**. Así, se invierte la regla general que se utilizaba hasta ahora, de manera que, solo si no se divide, hay que justificarlo. Se regula la oferta integradora y se puede limitar número de lotes. El **acceso a los pliegos y demás documentación complementaria por medios electrónicos a través del perfil de contratante, acceso que será libre, directo, completo y gratuito**, y que deberá poder

39. Sobre la cuestión de las PYMES y la contratación pública puede consultarse: J. M. GIMENO FELIÚ, “La necesidad de un código de contratos públicos en España. La contratación Pública y las PYMES como estrategia de reactivación económica”, en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 59 a 84, y el estudio de G. BARRIO GARCÍA, “Contratación pública y PYMES. Un comentario a la luz de la propuesta de Directiva en materia de contratación Pública”, en libro colectivo *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 133-160.

efectuarse desde la fecha de la publicación del anuncio de licitación o, en su caso, del envío de la invitación a los candidatos seleccionados.

ñ) Se **precisan los criterios de adjudicación**, que deben cumplir los siguientes requisitos: a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato. b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada. c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva. Hay una doble distinción de criterios: Criterios relacionados con coste (se incluye mejor relación coste-eficacia) y criterios cualitativos que permitan identificar la oferta que presenta la mejor relación calidad-precio. Se limita el uso criterio mejoras: no podrá asignársele una valoración superior al 2,5%. Se definen como las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el Pliego de Prescripciones Técnicas, sin que aquéllas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones.

En criterios adjudicación se incluye, además, la definición y cálculo del coste del ciclo de vida y de las ofertas anormalmente bajas. Se regulan criterios desempate (criterios sociales). Se recuerda la obligación de establecer ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de valoración, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada. La elección de las fórmulas se tendrán que justificar en el expediente, y las mismas deberán permitir que en condiciones normales pudiera llegar a existir una diferencia equivalente a la ponderación correspondiente al respectivo criterio automático entre la mejor y la peor oferta.

Los órganos de contratación podrán exigir que los operadores económicos proporcionen un informe de pruebas de un organismo de evaluación de la conformidad o un certificado expedido por este último, como medio de prueba del cumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas, o de los criterios de adjudicación o de las condiciones de ejecución del contrato. Se detalla el régimen de la confidencialidad de las ofertas y la notificación de la adjudicación se efectuará por medios electrónicos.

o) Destaca la posibilidad de que, previa previsión en los pliegos, el poder adjudicador compruebe el estricto cumplimiento de los pagos que el contratista principal hace al subcontratista, así como el régimen más riguroso que respecto de los plazos de pago debe cumplir tanto la Administración como el contratista principal, con el fin de evitar la lacra de la morosidad que pesa sobre las Administraciones públicas, cumpliendo así lo dispuesto dentro de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento europeo y

del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

p) El régimen de modificación del contrato, más restrictivo que el que establecen las nuevas Directivas comunitarias (art. 72 Directiva). Se introduce adverbio “solo” y se limitan posibilidades. No hay modificados de “*minimis*”. Se regula la cesión del contrato con el fin de evitar que se considere modificación contractual. Toda modificación deben publicarse y notificarse los acuerdos de modificación (opción ya incorporada en Aragón y Navarra).

Los modificados serán objeto de publicación y se notificarán a los licitadores que participaron (y, claro, procederá la interposición de recurso si “ocultan” una nueva adjudicación).

Sin embargo, existe una cierta “disfunción”, por comparación con el régimen actual en relación a los poderes adjudicadores no Administración Pública (artículo 20 TRLCSP), pues se “limita”, a mi juicio indebidamente, la aplicación del procedimiento de modificación contractual solo para los contratos de importe armonizado. La previsión que se contiene el artículo 26 del anteproyecto debería ser revisada para dotar al sistema de la uniformidad pretendida, y evitar zonas de sombras vinculadas a la naturaleza del ente y el importe del contrato.

q) Al regular el reequilibrio económico de la concesión de obras y servicios se mantiene la redacción actual sobre el *factum principis* (decisión de la Administración pública concedente que incide de forma sustancial en concesión) y no se incorpora como causa de reequilibrio el riesgo imprevisible⁴⁰.

40. Esta decisión de no “cambiar” la regulación del *factum principis* no parece una buena solución. En mi opinión, deben englobar cualquier decisión administrativa (o legislativa) que altere de forma imprevisible el adecuado reparto de riesgos y permita no distorsionar indebidamente la tasa interna de rentabilidad. La concesión se explota por el contratista a riesgo y ventura, de tal manera que el reparto de riesgos pactado no debe ser alterado ni modificado, lo que no impide –más bien lo contrario– el reequilibrio financiero, pues, como ya ha advertido el Consejo de Estado, a propósito del principio de riesgo y ventura, «el fundamento de este principio es triple: en primer lugar, el principio de seguridad jurídica (Dictamen número 50.293, de 5 de noviembre de 1987); en segundo lugar, el principio de concurrencia y la necesidad de no desvirtuar las garantías presentes en la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas (pues una erosión del principio de riesgo y ventura podría hacer ilusorias las garantías que en la licitación se ofrecieron a aquellos licitadores que no resultaron adjudicatarios), y en tercer lugar, la protección de los intereses de la Hacienda pública» (Dictamen de 13 de marzo de 2003 (Expediente 3.344/2002). No reconocer tal opción para el equilibrio del contrato conllevaría importantes dosis de inseguridad jurídica que condicionarán las inversiones en estos contratos. Y en nada se rompe el principio de igualdad o eficiencia pues permite dar seguridad para garantizar la correcta ejecución del contrato y su

r) En el régimen de contratos administrativos existen ajustes técnicos (mayor plazo garantía en los contratos de obras), más importantes en concesiones: se incluye concepto TIR. Se limita RPA atendiendo al nuevo criterio SEC 2010 (el pago de la concesión se realizará atendiendo al valor de mercado de la misma). Se permite pagos por disponibilidad. Se regula el Reequilibrio económico de la concesión de obras y servicios: se prevé el *factum principis* (decisión de cualquier Administración pública competente que incide de forma sustancial en concesión). No se incorpora como causa de reequilibrio el riesgo imprevisible. Se puede ampliar 15 por ciento de su duración inicial para restablecer el equilibrio económico del contrato. En el ámbito de los sectores públicos autonómico y local, deberán remitirse al Comité Técnico de Cuentas Nacionales o, todos los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios adjudicados en sus respectivos ámbitos, cuyo valor estimado sea igual o superior a doce millones de euros, o cuando, en su financiación se prevea cualquier forma de ayuda o aportación estatal, o el otorgamiento de préstamos o anticipos.

s) Muy importante novedad es la regulación del Libro III relativo a los contratos de poderes adjudicadores, no Administración Pública, así como del resto de entes del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores. Se **suprime la obligación de aprobar Instrucciones de Contratación (uniformización de reglas jurídicas)** lo que implica una uniformización de reglas jurídicas (un importante avance tanto desde la perspectiva de seguridad jurídica, como de efectiva apertura a la competencia).

t) En materia organizativa destaca la previsión relativa a la mesa de contratación, que se define como órgano de asistencia técnica especializada (lo que supone que no puede tener componente político en las personas que se designan tal y como advirtiera el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos en su Acuerdo 45/2013, de 7 de agosto). Se regulan los órganos de contratación entidades locales. Debe mencionarse la nueva regulación de la figura del perfil de contratante, más exhaustiva que la anterior, que le otorga un papel principal como instrumento de publicidad de los distintos actos y fases de la tramitación de los contratos de cada entidad. Pero a efectos de publicidad/transparencia debe estarse a la publicidad en Portal Contratación

plan financiero con independencia de quien resulte adjudicatario. Igualmente debe regularse la cláusula de progreso y su concreto significado obligacional, pues la propia evolución técnica puede conducir a tal desequilibrio que haga inviable la gestión de la concesión, planificada en un entorno de la técnica distinta. Importa promover los avances tecnológicos a toda concesión, pero cuando al inversión afecta a la lógica sobre la que se planificó al inversión debería ajustarse la TIR. Por último, aunque se entienda ahora excluido bien podría regularse los efectos del riesgo imprevisible (lo que evitaría la posterior "judicialización", con las incertidumbres que comporta). Vid., J. M. GIMENO FELIÚ, *El nuevo paquete legislativo...*, ob. cit., pp. 148-150.

Sector Público (o autonómicos, interconectados). Plazos se inician en momento publicación PCSP. El Boletín oficial no es ya obligatorio y será gratuito.

Existe una nueva regulación del Registro de Contratos del Sector Público (que debe servir para mejorar no solo en simplificación, sino también en transparencia), en el que se inscribirán todos los contratos adjudicados por las entidades del sector público, siendo obligatoria, a dichos efectos, la comunicación de los datos relativos a todos los contratos celebrados por importe igual o superior a cinco mil euros.

u) Se opta por la **extensión regla de medios electrónicos, incluso para ofertas**. En cuanto a la presentación facturas, el contratista tendrá la obligación de presentar la factura que haya expedido por los servicios prestados o bienes entregados ante el correspondiente registro administrativo a efectos de su remisión al órgano administrativo o unidad a quien corresponda la tramitación de la misma. En los pliegos de cláusulas administrativas para la preparación de los contratos que se aprueben a partir de la entrada en vigor de la presente disposición, se incluirá la identificación del órgano administrativo con competencias en materia de contabilidad pública, así como la identificación del órgano de contratación y del destinatario, que deberán constar en la factura correspondiente.

v) Se diseña un nuevo **sistema de gobernanza**, del que deriva un nuevo rol de la Juntas Consultiva de Contratación (se crea un Comité con representación CCAA) por exigencia del Derecho de la Unión Europea. 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– conllevan claras y evidentes ineficiencias de los fondos pública. Esta regulación obligará a modificar Reglamento Junta autonómicas.

IV. REFLEXIONES SOBRE LAS POSIBILIDADES DE “ESPECIALIDADES” EN LA CONTRATACIÓN DEL ÁMBITO SANITARIO/SOCIAL

Interesa desarrollar la cuestión, de indudable interés práctico, de si es posible, y con que reglas, una contratación pública fijada en la idea de

“estrategia social”, y, más en concreto, que posibilidades de “adaptación” se podrían incorporar a la contratación en ámbitos con la sanidad o servicios sociales, cuando se prestan servicios directos a ciudadanos.

En el Anteproyecto se regulan los Contratos reservados (mediante Disposición Adicional): **se fijará un porcentaje mínimo de reserva del derecho a participar en los procedimientos** de adjudicación de contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo y a 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, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 por 100 de los empleados de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sean trabajadores discapacitados en situación de exclusión social.

Se prevé que exista un **régimen especial servicios dirigidos a ciudadanos: educativos, sociales, sanitarios**. Sin embargo, no existe una regulación concreta, pues es una materia cuya competencia descansa en las Comunidades Autónomas, al haber asumido la gestión de estos servicios. Resulta posible, por tanto, una regulación específica sobre los contratos a ciudadanos en estas materias. La contratación pública es una materia especialmente sensible desde la perspectiva económica y, por ello, debe garantizarse la máxima eficiencia en toda licitación pública (como previene artículo 1 TRLCSP). Para ello debe preservarse la existencia de efectiva transparencia que permita la igualdad de trato, de cara a fomentar la máxima concurrencia (preservando en todo caso la relación calidad/precio). Sin embargo, la perspectiva de eficiencia debe ser siempre contextualizada en el concreto ámbito de la prestación que se demanda, pues las diferentes características del objeto pueden obligar a una solución jurídica distinta. El paradigma de esta necesaria contextualización y adaptación de las reglas de la contratación pública son los servicios sociales, educativos o sanitarios, en tanto se prestan servicios «dirigidos a ciudadanos» y vinculados a prestaciones básicas que forman parte del «núcleo» del Estado social. Y aquí la eficiencia no puede ser interpretada desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse por el adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio. Opción validada, sobre la base del principio de solidaridad, por la STJUE de 17 de junio 1997 (asunto C-70/95), que admite excepciones al principio de libre competencia en el caso de contratos en el marco del sistema de la seguridad social en favor de entidades sin ánimo de lucro (apartado 32).

Interesa destacar el componente «social» como objeto de cualquier prestación de carácter social/sanitario, como lo es la del objeto del recurso. No puede desconocerse el hecho de que la Comisión Europea ha venido recordando que son valores esenciales de la Comunidad la protección de la salud humana, la igualdad entre hombres y mujeres, y la cohesión social y territorial (Comunicación de la Comisión *Aplicación del programa comunitario de Lisboa. Servicios sociales de interés general en la Unión Europea*, de 26 de abril de 2006, COM [2006] 177 final). Esta especificidad procede del carácter vital de las necesidades que han de satisfacer, garantizándose de este modo la aplicación de derechos fundamentales, como la dignidad y la integridad de la persona. Por ello, los servicios sociales (o sanitario/social, como sucede con los pacientes psiquiátricos) posibilitan una serie de medidas que pueden ser tenidas en cuenta en su licitación:

a) funcionamiento sobre la base del principio de solidaridad, que requiere, en particular, la no selección de los riesgos o la falta de equivalencia a título individual entre cotizaciones y prestaciones;

b) carácter polivalente y personalizado, que integre las respuestas a las distintas necesidades para garantizar los derechos humanos fundamentales y proteger a las personas más vulnerables;

c) ausencia de ánimo de lucro, especialmente para abordar las situaciones más difíciles y que se explican, a menudo, por motivos históricos;

e) participación de voluntarios y benévolo, expresión de una capacidad ciudadana;

f) integración marcada en una tradición cultural (local); en particular, esto se advierte en la proximidad entre el proveedor del servicio y el beneficiario, lo que permite tener en cuenta las necesidades específicas de este último;

g) relación asimétrica entre prestadores y beneficiarios que no se puede asimilar a una relación «normal» de tipo proveedor-consumidor y que requiere la aplicación de la fórmula del pago por terceros.

La Directiva 24/2014 habilita un tratamiento diferenciado de estas actividades, alejada de una perspectiva económica o de mercado. Así, el considerando 6 de la Directiva advierte que «*conviene aclarar que los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva*». También, el considerando 114 afirma que:

«Determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales,

sanitarios y educativos, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada. Dichos servicios se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales (...).

Los contratos de servicios a las personas, cuyo valor esté situado por encima de ese umbral deben estar sujetos a normas de transparencia en toda la Unión. Teniendo en cuenta la importancia del contexto cultural y el carácter delicado de estos servicios, debe ofrecerse a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para organizar la elección de los proveedores de los servicios del modo que consideren más oportuno. Las normas de la presente Directiva tienen en cuenta este imperativo al imponer solo la observancia de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato y al asegurar que los poderes adjudicadores puedan aplicar, para la elección de los proveedores de servicios, criterios de calidad específicos, como los establecidos en el Marco Europeo Voluntario de Calidad para los Servicios Sociales publicado por el Comité de Protección Social. Al determinar los procedimientos que hayan de utilizarse para la adjudicación de contratos de servicios a las personas, los Estados miembros deben tener en cuenta el artículo 14 del TFUE y el Protocolo nº 26. Al hacerlo, los Estados miembros también deben perseguir los objetivos de simplificación y reducción de la carga administrativa de poderes adjudicadores y operadores económicos; es preciso aclarar ello también puede suponer basarse en disposiciones aplicables a los contratos de servicios no sometidos al régimen específico.

Los Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación».

Esto explica por qué el artículo 77 de la Directiva 24/2014 prevé incluso la posibilidad de reserva de esos contratos.

«1. Los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores estén facultados para reservar a determinadas organizaciones el derecho de participación en procedimientos de adjudicación de contratos públicos exclusivamente en el caso de los servicios sociales, culturales y de salud que se contemplan en el artículo 74 y que lleven los códigos CPV

75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, desde 85000000-9 hasta 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4 y 98133110-8.

2. Las organizaciones a que se refiere el apartado 1 deberán cumplir todas las condiciones siguientes:

- a) que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios contemplados en el apartado 1;
- b) que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá basarse en consideraciones de participación;
- c) que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen en la propiedad de los empleados o en principios de participación o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas; y
- d) que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes.

3. La duración máxima del contrato no excederá de tres años.

4. En la convocatoria de licitación se hará referencia al presente artículo».

Es decir, que resulta posible en contratos de prestaciones directas a ciudadanos en el ámbito sanitario o social, adoptar medidas de licitación más «específicas», que atiendan a las especialidades expuestas.

Sobre esta cuestión interesa recordar la doctrina fijada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014 (asunto C-113/13, as. *CroceRossa Italiana y otros*) que ha declarado que «los artículos 49 UE y 56 FUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que prevé que el suministro de servicios de transporte sanitario de urgencia y de extrema urgencia debe confiarse, con carácter prioritario y mediante adjudicación directa, sin ningún tipo de publicidad, a los organismos de voluntariado con los que se haya celebrado un convenio, siempre que el marco jurídico y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria en los que descansa esa normativa».

La Sentencia *CroceRossa Italiana* resuelve la cuestión prejudicial suscitada por el Consejo de Estado de Italia acerca, en primer lugar, de la com-

patibilidad con los artículos 49, 56, 105 y 106 TFUE de una norma interna que prevé que el transporte sanitario se adjudique de forma prioritaria a las organizaciones de voluntariado, *CroceRossaitaliana* y otras instituciones o entes públicos autorizados reembolsándoles los gastos efectivamente soportados; y, en segundo lugar, de la compatibilidad con la normativa europea de contratos públicos con una norma nacional que permite la adjudicación directa del servicio de transporte sanitario, debiéndose considerar oneroso un acuerdo marco que prevea el reembolso no sólo de gastos sino incluso de costes fijos y de carácter duradero. El asunto surge cuando, conforme a lo previsto en la normativa italiana y de la región de Liguria reguladora del servicio nacional de salud y del voluntariado, dicha región celebró un acuerdo marco con varias entidades representativas de organizaciones de voluntariado para la regulación de las relaciones entre las empresas sanitarias y hospitalarias, por un lado, y las organizaciones de voluntariado y la *CroceRossa* italiana, por otro. Dicho acuerdo marco regional previó la posterior suscripción de convenios de transporte sanitario de urgencia y extrema urgencia, que tuvo efectivamente lugar, con las organizaciones de voluntariado representadas por las entidades firmantes. Disconformes con tal proceder, varias entidades cooperativas interpusieron recurso que dio lugar a las actuaciones judiciales que, tras la inicial sentencia de instancia, llevaron al Consejo de Estado a suscitar la cuestión prejudicial.

El Tribunal de Justicia admite la compatibilidad del acuerdo marco regional y los convenios con las normas europeas antes aludidas. Para ello, parte de la obvia afirmación de que tanto el acuerdo marco como los convenios están incluidos en el ámbito de la Directiva 2004/18/CE, más allá de la circunstancia de que en ellos se prevean como únicas transferencias financieras a favor de las organizaciones de voluntariado los reembolsos de costes en que hubiesen incurrido. Debiendo considerarse, por tanto, contratos de servicios, el Tribunal aclara, conforme a la Directiva, el régimen jurídico aplicable que depende en lo esencial de que sea superior el valor del servicio de transporte o el de los servicios médicos. En el primer caso, siempre que se supere el umbral deberán aplicarse todas las normas de procedimiento de la Directiva, mientras que cuando el valor de los servicios médicos sea superior a los del servicio de transporte, o cuando no se supere el umbral, se aplicarán únicamente los artículos 23 y 35.4 de la Directiva siempre que, circunscritas las actividades de que se trate a un solo Estado pueda acreditarse un interés transfronterizo cierto que en el caso, a juicio del Tribunal de Justicia, concurre.

Pues bien, sobre tales bases afirma el Tribunal de Justicia que *«la adjudicación, sin ninguna transparencia, de un contrato a una empresa situada en el Estado miembro de la entidad adjudicadora de ese contrato es constitutiva de una diferencia*

de trato en perjuicio de las empresas que pueden estar interesadas en ese contrato, que están situadas en otro Estado miembro. Si no está justificada por circunstancias objetivas, dicha diferencia de trato que, al excluir a todas las empresas establecidas en otro Estado miembro, opera principalmente en perjuicio de éstas, constituye una discriminación indirecta por la nacionalidad, prohibida con arreglo a los artículos 49 TFUE y 56 TFUE». El factor clave, por tanto, es la existencia de esas «circunstancias objetivas» que justifiquen la diferencia de trato entre empresas.

Considera el Tribunal de Justicia que concurren en el caso tales «*circunstancias objetivas*», están reguladas legalmente en el ordenamiento interno y efectivamente justifican la apuntada diferencia de trato dado que, sólo tras prever que «*la prestación de servicios de transporte sanitario es una actividad de interés general que se rige por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación*», la normativa italiana establece que «*serán prestados por las propias empresas sanitarias y otras entidades suministradoras públicas o asimiladas empleando sus propios medios y personal*» y «*cuando no sea posible, [... por] otras entidades*», en cuyo caso, y aquí surge el régimen jurídico que dio lugar al conflicto, «*los servicios de transporte sanitario que se presten en representación del Servicio Regional de Salud deberán ser encomendados, con carácter prioritario, a organizaciones de voluntariado, la Cruz Roja italiana u otra institución u organismo público autorizado, para garantizar que dicho servicio de interés general se presta en condiciones de equilibrio económico en lo que atañe al presupuesto*» (artículo 75 ter de la Ley Regional de Liguria 41/2006). Tal preferencia y la adjudicación directa, en las circunstancias del caso analizado, son compatibles con el ordenamiento europeo.

Esto significa que un contrato de prestaciones personales de carácter sanitario o social, podría estar excepcionado de las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios o productos, dado el marcado carácter estratégico, desde la perspectiva de correcta prestación, del mismo. O adoptado modelos de licitación que atiendan, en especial, a la regla de la mayor calidad/precio. Y ello porque no puede desconocerse que es una actividad de interés general que se rige, principalmente, por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación.

De todo lo expuesto, y como reflexión en abstracto, se deduce que la elección del procedimiento abierto, en régimen de competencia de mercado no válida, por sí mismo, su corrección (el artículo 109.4 TRLCSP exige motivación para la elección del procedimiento). Nada impide, obviamente su utilización, pero conviene explicar los motivos de su elección frente a otras posibilidades (y siempre desde la óptica de la mejor satisfacción del

derecho a una buena administración al que se refiere el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

La Administración, para estos contratos, podrían optar, o por una reserva previa –*ex* Directiva 24/2014–, o por la utilización del procedimiento restringido (que permite valorar la mejor solvencia y experiencia como criterio de selección para posteriormente formular invitaciones), o un procedimiento de negociación con publicidad, donde previa delimitación de los aspectos técnicos y económicos y efectiva negociación, se pudiera preservar de forma más óptima la mejor opción en relación calidad/precio.

La opción que se adopte, en su diseño concreto, no puede desconocer las peculiaridades de una prestación de indudable trascendencia social, donde los propios matices de cómo se ha venido prestando en los últimos años aconseja una especial atención a cómo se viene desempeñando, y se debe desempeñar, esta actividad. Y la lógica del mercado, obviamente, debe quedar desplazada por una óptica de calidad y solidaridad⁴¹.

En nada cambia esta opinión con la doctrina fijada por la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 30 de abril de 2015, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1884-2013, interpuesto por más de cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Socialista del Senado, en relación con los arts. 62 y 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid.

41. Como ya se ha explicado en este trabajo, aunque es cierto que no se ha vencido el plazo de transposición de la Directiva 24/2014, y nada previene al respecto el TRLCSP ni la normativa autonómica (existe título competencial para regular la singularidad en la prestación de estos servicios), conviene recordar que tal posibilidad se podría ya haber utilizado, pues desde la doctrina fijada por la STJUE 4 de julio de 2006, *Adeneler* y otros (Asunto C-212/04) resulta incuestionable que la obligación general de interpretación conforme (interpretación del Derecho interno de conformidad con la Directiva en vigor). La necesidad de garantizar el efecto útil del Derecho de la Unión Europea obliga a que se reinterpreten las normas nacionales, todavía no modificadas o adaptadas, en el sentido de «rechazar» las que suponen ir en contra de lo que ahora se regula. Se trataría, en definitiva, de un deber jurídico de abstención, a realizar interpretaciones que puedan comprometer gravemente el éxito de las Directivas ya en vigor. Este principio de interpretación conforme, en sentido negativo de abstención, debe operar como criterio exegético desde el mismo momento de entrada en vigor de las Directivas en tanto normas directamente aplicables. Es la consecuencia que se deduce de la doctrina fijada en la STJUE la sentencia de 18 de diciembre de 1997, as. 129/96 *InterEnvironnementWallonie*, al advertir que durante el plazo de transposición «*debe abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la Directiva*».

En esta Sentencia el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid, que da nueva redacción al artículo 88.2 de la Ley 12 / 2001, de 21 de diciembre, de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid, en el sentido de que, cuando la gestión de los centros de atención primaria se realice por cualquiera de las formas de gestión previstas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), podrá ofrecerse la gestión de estos centros preferentemente a las sociedades de profesionales con personalidad jurídica propia, que estén constituidas total o mayoritariamente por los profesionales sanitarios que prestan sus servicios en el Servicio Madrileño de Salud, a los efectos de lograr su implicación en el proceso de desarrollo, racionalización y optimización del sistema sanitario público madrileño.

En los fundamentos de derecho que justifican esta declaración de inconstitucionalidad (contenidos en el fundamento 5) se argumenta sobre la vulneración del artículo 1 del TRLCSP (principio de igualdad de trato y no discriminación de los licitadores) y del Derecho de la UE, así como la infracción del artículo 149.1.18 de la Constitución en cuanto a la reserva de ley estatal para el establecimiento de las bases de los contratos y concesiones administrativas. El TC advierte que los artículos 3 y 8 TRLCSP son formal y materialmente básicos, pero que la previsión de contratación del Servicio Madrileño de Salud (en tanto poder adjudicador Administración Pública), no quiebra estas reglas: “debemos descartar que el precepto impugnado, al habilitar al Servicio Madrileño de Salud para la adjudicación de la gestión de los servicios de atención especializada de determinados hospitales públicos, vulnere el art. 8 TRLCSP y, en consecuencia, la competencia estatal para dictar la legislación básica en materia de contratos y concesiones administrativas”.

Sobre la posibilidad de adjudicar a sociedades profesionales y la posible vulneración del TRLCSP y de la Directiva 2004/18, de contratos públicos, el TC recuerda que *“el Derecho europeo no es canon de constitucionalidad de las leyes estatales o autonómicas. Este Tribunal ya ha afirmado en reiteradas ocasiones que el Derecho europeo no integra, en virtud del art. 96.1 CE, el canon de constitucionalidad bajo el que han de examinarse las leyes, de manera que la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores, no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5). Ello no es óbice, sin embargo, para que nuestro pronunciamiento sobre la contradicción alegada entre la legislación estatal y la norma autonómica deba partir de una interpretación de las disposiciones legales acorde con las exigencias del Derecho europeo”*.

Interesa mucho la declaración que realiza sobre la sujeción o no a las normas del Derecho europeo por tratarse de un “contrato no cubierto”, ya que afirma de forma clara que ello no elimina la sujeción a los principios de la contratación pública. *“aun cuando el contrato de gestión de servicios públicos no es un contrato armonizado (art. 13 TRLCSP), esto es, no está sujeto ni a la Directiva 2004/18/CE ni a la Directiva 2014/24/UE, que deroga la anterior y está aún pendiente de transposición, la encomienda por una autoridad pública a un tercero de la prestación de actividades de servicios, debe respetar el principio de igualdad de trato y sus expresiones específicas, que son la prohibición de discriminar en razón de la nacionalidad, y los arts. 43 y 49 del Tratado CE sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, respectivamente. Así lo ha afirmado la Comisión europea [Comunicación interpretativa relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (DOUE 12-4-2008) y el Tribunal de Justicia de la Unión europea (por todas, Sentencia 14 de noviembre de 2013, Caso Belgacom NV contra Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan) y Otros). En cualquier caso, el legislador estatal no ha establecido diferencia alguna entre este contrato y los armonizados, sometiéndolo a las mismas reglas de preparación y adjudicación que el resto de contratos armonizados que celebran las Administraciones Públicas”.*

Sobre el fondo de la cuestión, el TC precisa que *“el precepto impugnado no determina el procedimiento a seguir para hacer efectiva la preferencia que otorga a las sociedades profesionales constituidas total o mayoritariamente por profesionales del Servicio Madrileño de Salud, de manera que lo que debe abordarse en esta resolución es si el reconocimiento de esta preferencia, sea cual sea la vía por la que se instrumente –convenio de colaboración con las sociedades profesionales, procedimiento de licitación limitado a este tipo de sociedades, procedimiento de licitación abierto a todo tipo de licitadores estableciendo la preferencia en la adjudicación a estas sociedades etc.–, es contraria a la legislación estatal básica”.*

Y, sobre esta cuestión, entiende que la nueva redacción del artículo 88 de la Ley 12/2001, de la Comunidad de Madrid es inconstitucional por los siguientes motivos (fundamento 6):

- a) La preferencia que se otorga a las sociedades profesionales compuestas íntegra o mayoritariamente por profesionales del Servicio Madrileño de Salud, no tiene que ver con la solvencia económica y financiera, profesional y técnica de las citadas sociedades, sino con –su implicación en el proceso de desarrollo, racionalización y optimización del sistema sanitario público madrileño–. Antes al contrario, produce un efecto claro e insalvable de exclusión de

los licitadores, nacionales o extranjeros, que, a pesar de contar con la misma solvencia económica y técnica, no pueden reunir unas condiciones sólo asequibles para un tipo de personas jurídicas, las constituidas por profesionales del Servicio Madrileño de Salud. Esta preferencia no tiene, pues, cabida, como regla de capacidad y solvencia, en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, cuyas prescripciones a este respecto deben considerarse, por otra parte, formal (disposición final segunda apartado tercero TRLCSP) y materialmente básicas, pues garantizan la igualdad de los licitadores en el acceso a los contratos públicos y aseguran su viabilidad y, por tanto, la eficiencia en el gasto que se persigue con las compras públicas.

- b) A la misma conclusión debe llegarse en lo que atañe a los criterios de adjudicación o selección del adjudicatario. Aunque el art. 150 TRLCSP no establece un elenco cerrado de criterios a tener en cuenta para seleccionar la oferta que responda al criterio de la oferta económicamente más ventajosa, y aun cuando se permite tener en cuenta las características de la oferta relativas reglas que permiten seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y que garantizan la igualdad de los licitadores, forma parte del mínimo común uniforme que garantiza la eficacia del gasto en las compras públicas, tal y como por otra parte contempla el art. 1 TRLCSP, también básico.

Por estos motivos, **el TC concluye que la preferencia que otorga el precepto autonómico impugnado a las sociedades de profesionales, compuestas íntegra o mayoritariamente por profesionales del Servicio Madrileño de Salud, es contraria a la legislación básica del Estado en materia de contratos y concesiones administrativas.**

Por ello, **se estima este motivo del recurso y se declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 88.2 de la Ley de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid, en la redacción dada por el art. 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid.**

Interesa destacar también las reflexiones que el alto TC realiza sobre si estas fórmulas de gestión vulneran el artículo 41 de la Constitución. Tras recordar que el carácter público del sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquél, y que la apertura a fórmulas de gestión o responsabilidad priva-

das queda en todo caso condicionada a la preponderancia de los elementos definitorios del carácter público del sistema de Seguridad Social, concluye que *“La posible apertura a formas de gestión y responsabilidad privada se lleva a cabo preservando en todo caso la titularidad pública del servicio, refiriéndose la norma únicamente a un supuesto de externalización de la gestión del servicio público en determinados hospitales dependientes del Servicio Madrileño de Salud. En este precepto, el legislador autonómico no ha optado siquiera por la vinculación de centros privados a la red pública en virtud de los correspondientes convenios o conciertos (arts. 67 y 90 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad), y se ha limitado a hacer uso de las posibilidades abiertas por la legislación estatal”*. Y ello porque la posible apertura a formas de gestión y responsabilidad privada se lleva a cabo preservando en todo caso la titularidad pública del servicio, refiriéndose la norma únicamente a un supuesto de externalización de la gestión del servicio público en determinados hospitales dependientes del Servicio Madrileño de Salud.

El TC recuerda que *“con independencia de la valoración que contemplada desde la perspectiva del juicio de eficacia pueda merecer la fórmula organizativa de prestación de los servicios sanitarios controvertida, no puede decirse que, por sí sola y con el alcance definido por la Ley autonómica recurrida, ponga en riesgo la reconocibilidad de la institución, aquí el régimen público de Seguridad Social. La definición de las prestaciones a las que tienen derecho los ciudadanos queda en manos, en todo caso, de los poderes públicos, no habiéndose producido un traslado de esta potestad a quienes asuman la gestión –y solo la gestión– del servicio público de la sanidad; la financiación se lleva a cabo asimismo mediante fondos públicos, sin que las singularidades a las que pueda dar lugar aquí la preservación del equilibrio financiero del adjudicatario alcancen tal grado de intensidad que hagan inconstitucional el modelo de gestión establecido; y, finalmente, el art. 62.1 in fine alude expresamente a la garantía de –los adecuados niveles de calidad, atención y derechos de los usuarios–. No se aprecia, por tanto, que la previsión recurrida ponga en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social ni que se desnaturalice su esencia”*. Y no existe de forma acreditada quiebra del principio de igualdad en función de que la prestación se realice mediante gestión directa o mediante gestión indirecta (fundamento 7).

De lo expuesto se deduce que las Comunidades Autónomas, respetando la legislación básica pueden establecer posibilidades organizativas en el ámbito sanitario y social, que serán válidas mientras se respete los principios de la contratación pública. Las posibilidades que habilita tanto la nueva Directiva de 2014 como la reciente doctrina TJUE, no quedan en modo alguno condicionada por la doctrina del TC. Pero las opciones deben justificarse y ser razonadas de forma suficiente para superar el *“test de constitucionalidad”*.

V. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto, se constata que la nueva normativa no es un mero “maquillaje” y que incorpora importantes novedades (aunque resulta una Ley muy extensa y con algunos problemas formales que deberían ser objeto de corrección durante su tramitación)⁴². Es cierto que “renuncia” a “Código de Contratos Públicos” con partes diferenciadas en función del objeto: contratos públicos, concesiones, contratos excluidos⁴³. Sin embargo, la transposición recoge en parte esta visión “codificadora” ya que presenta un texto por su carácter continuista, de fácil comprensión y aplicación práctica, compatible con el derecho comunitario, lo que puede dotar de seguridad jurídica y predictibilidad en un sector de tanta trascendencia económica y social. Es de esperar que el trámite de información pública, así como el debate parlamentario, permita mejorar en lo sustantivo y en lo técnico una norma de tal significado para el correcto funcionamiento de las instituciones públicas, así como para prevenir efectivamente el problema de la corrupción, tan generalizada en el ámbito de los contratos públicos⁴⁴. E interesaría una transposición en plazo, para evitar los problemas prácticos del efecto directo de las Directivas⁴⁵.

En cuanto a la pretensión de un cambio de modelo en la contratación pública más eficiente y más efectivo en la prevención de la corrupción, las medidas adoptadas parecen acertadas⁴⁶: se incluye expresamente con va-

42. Se incorporan muchas de las propuestas que ya realizamos con anterioridad (por todas, mi ponencia en “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en libro colectivo *Las Nuevas Directivas de Contratación Pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
43. Así lo propuse en mi trabajo “La necesidad de un Código de Contratos Públicos en España. La contratación pública y las PYMES como estrategia de reactivación económica”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 25-84.
44. Me remito a mi trabajo “Decálogo de reglas para prevenir la corrupción en los contratos públicos”, publicado en *www.obcp.es* (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.180/recategoria.208/remenu.3/chk.1b2c9f6d99ecf-44223c17ac60720747>).
45. En ese contexto, la Memoria del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón de 2014 advierte la necesidad de una coordinación de los distintos tribunales administrativos de recursos contractuales (ante juez comunitario), con el objetivo de aclarar que preceptos desplegaran efecto directo, desplazando, desde la lógica de la primacía del Derecho de la Unión europea, a las previsiones del TRLCSP que resulten contrarias.
46. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha publicado en febrero de 2015 un documento de análisis de la contratación pública en España “PRO/CNMC/001/15: *Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la Competencia*” (<http://www.cnmc.es/Portals/0/>)

lor jurídico el principio de integridad, se extiende la aplicación a partidos políticos y sindicatos y organizaciones profesionales, se eliminan prácticas que permitían la opacidad (regulación estricta de los convenios y de los encargos a medios propios, eliminación de la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía, publicidad y control de los modificados, eliminación de las instrucciones internas de los poderes adjudicadores no administración pública, publicidad diseñada para ser transparente poniendo en valor la Plataforma de Contratos del Sector público, regulación de los conflictos de intereses y extensión de las prohibiciones de contratar por vínculos familiares, refuerzo del recurso especial, profesionalización de las mesas, etc.) y se fomenta la simplificación.

Notas%20de%20prensa/201502_Informe_ContratacionPublica.pdf). En él reconoce una serie de fortalezas así como de oportunidades de actuación orientadas a la consecución de mayores niveles de transparencia y competencia y cifra en 47 000 millones de euros al “ineficencia” del modelo de contratación pública en España. Asimismo, el *Informe del Tribunal de Cuentas núm. 935* (pp. 228 a 230) puso de relieve una serie de deficiencias o anomalías indicando que en algunos contratos no se motivaron adecuadamente la necesidad pública que los justificaba (p. ej., cuando se recurre a un contrato de consultoría, asistencia o servicios sin concretar las razones por las que no puede asumirse con medios propios) o bien el uso de criterios discriminatorios en los pliegos (p. ej., la necesidad de contar con experiencia o medios vinculados a una Comunidad Autónoma). También se advierte la falta de justificación para utilizar la tramitación de urgencia o de emergencia o el fraccionamiento de la cuantía del contrato usando el contrato menor, todo ello con la finalidad de eludir la publicidad y la concurrencia. Por lo que respecta a los conflictos de intereses, se pone de manifiesto que dicho problema es especialmente relevante en el ámbito local, lo se dice genera unas ganancias privadas en detrimento de los intereses públicos (p. 31). Igualmente se advierte se daba una “falta de justificación de la concurrencia de los supuestos legales que permiten la utilización de procedimientos negociados sin publicidad, que implican la exclusión de los contratos así adjudicados de los principios de publicidad y libre concurrencia, la mayor discrecionalidad en la selección de los adjudicatarios y en los que, además, no suelen obtenerse bajas apreciables, particularmente, cuando se invocó la existencia de una imperiosa urgencia o de un único empresario capacitado para la realización de las correspondientes prestaciones” (p. 230). Finalmente, se constata hace referencia a los retrasos en la ejecución de los contratos, especialmente los de obras, la deficiente constancia de la conformidad tanto de los productos suministrados en bienes fungibles o material sanitario (contrato de suministro) como de los contratos de consultoría, asistencia o servicios. En este último caso, se pone de manifiesto la subida de los precios en función de las subidas salariales, lo que rompe con el principio de riesgo y ventura y la revisión de precios conforme a las fórmulas predeterminadas (p. 230). Resulta también de interés la Comunicación de la Comisión *Lucha contra la corrupción en la UE*, COM (2011) 308 final, de 6 de junio. En extenso me remito a mi trabajo “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en libro *Observatorio de los Contratos Públicos, número especial 2015, Las Directivas de Contratación Pública*, Aranzadi, Cizur menor, 2015.

Pero no será suficiente si no se asume el reto de una adecuada y efectiva profesionalización de la contratación pública. La profesionalización que se propugna en el ámbito de la UE se refiere, en primer lugar, a la formación y preparación de todos los sujetos implicados en la contratación. Solo así se puede conseguir una nueva actitud de los gestores que permita abandonar 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 –como venimos insistiendo en anteriores trabajos– (lo que exige cambios en la organización y prospectiva de actuación)⁴⁷.

47. Sobre esta cuestión me remito a mi trabajo “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial Observatorio de los Contratos Públicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

Formas y estructuras organizativas de la Administración de los contratos públicos en el mercado interior europeo

SILVIA DÍEZ SASTRE*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. LA REDEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 1. *Una Administración definida en clave funcional*. 2. *Una Administración definida por oposición al mercado*. 3. *Una Administración definida en clave nacional*. III. LAS FORMAS Y ESTRUCTURAS ORGANIZATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS. 1. *La Administración de la adjudicación de los contratos públicos*. 1.1. Una Administración progresivamente centralizada. 1.2. Una Administración cooperativa con el sector privado. 1.3. Una Administración profesionalizada. 2. *La Administración de la ejecución de los contratos públicos*. 3. *La Administración del control del cumplimiento de las normas de contratación pública*. 3.1. Una Administración en red para el intercambio de información y la supervisión del cumplimiento de las normas de contratación pública. 3.2. Una Administración nacional de tutela de los licitadores independiente y tendencialmente centralizada. IV. REFLEXIÓN FINAL. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

1. De acuerdo con las estimaciones de la Comisión Europea, cerca de un quinto del PIB de la Unión Europea (en adelante, UE) se destinó a la contratación pública durante el año 2010. En ese mismo periodo, un 3,7 por

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto multidisciplinar de la UAM: "La Administración Pública del Mercado Interior Europeo", referencia CEMU 2013-08, dirigido por el Profesor Francisco VELASCO CABALLERO. Su versión inglesa será publicada en 2015 en la obra colectiva: "The Public Administration of the European Internal Market" dirigida por el Profesor Francisco VELASCO CABALLERO.

ciento del PIB de la UE correspondió a la adjudicación de contratos públicos de carácter armonizado, lo que se tradujo en un gasto que superó los 447 mil millones de euros¹. Estas abultadas cifras, incluso en pleno periodo de crisis económica, dan cuenta de la importancia del sector de la contratación pública a nivel europeo y justifican el correlativo interés de las instituciones europeas en garantizar su buen funcionamiento. Desde hace más de cuatro décadas las autoridades europeas tratan de asegurar la igualdad entre los operadores económicos a través de reglas de transparencia, publicidad y no discriminación, así como de velar por el buen funcionamiento de la competencia. Más recientemente, pretenden fomentar, además, el buen uso de los fondos públicos². Tanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (en adelante, TJUE) como las normas aprobadas por las instituciones han perseguido estos objetivos. El último paquete de Directivas del año 2014 se adscribe a esta misma línea introduciendo algunas novedades: incorpora nuevos contratos –especialmente, los de concesión–, nuevos procedimientos –como el de asociación para la innovación–, mayor simplificación procedimental y nuevas reglas en torno a la ejecución de los contratos³. No obstante, puede afirmarse que *el Derecho de la UE sobre contratación pública continúa siendo un Derecho de carácter fragmentado, dirigido exclusivamente a los Estados Miembros⁴ y circunscrito a garantizar, principalmente, el buen funcionamiento del mercado interior.*

2. *La UE no tiene competencia para regular todos los contratos públicos que celebran los Estados miembros.* Lo que se explica por las exigencias de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. El legislador europeo únicamente determina mediante Directivas el régimen de los llamados “contratos armonizados”, caracterizados por el tipo de sujeto contratante –un poder adjudicador–, el objeto del contrato y el umbral económico que alcanzan –actualizado periódicamente por la Comisión Europea–. Los Estados miembros están obligados a transponer las Directivas y a salvaguardar los principios europeos de la contratación pública en los contratos no regulados directa-

1. *Annual Public Procurement Implementation Review 2012.* COM STAFF Working Document 9.10.2012.
2. Cdo. 2 Directiva 2014/24/UE.
3. Este paquete está compuesto por tres Directivas: Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; y Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes, los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.
4. Art. 55 Directiva 2014/23/UE; art. 94 Directiva 2014/24/UE; art. 110 Directiva 2014/25/UE.

mente por el Derecho europeo⁵. Esta situación se afronta de manera diversa por los Estados miembros. Lo que da lugar a un mapa jurídico fragmentado dentro de la UE. Algunos países optan por extender las reglas europeas a todos sus contratos –como Austria o Suecia– o sienten que sería beneficioso hacerlo –como, por ejemplo, España⁶–. Por el contrario, otros luchan por mantener la identidad de sus reglas tradicionales de contratación pública allí donde no llegan los mandatos de las Directivas –ese es el caso paradigmático de Alemania⁷–. De esta manera se genera un alto grado de asimetría en torno al marco jurídico de los contratos públicos no armonizados, que representan más de un 90 por ciento de los contratos adjudicados dentro de la UE.

3. Además, hay que tener en cuenta que las normas europeas sobre contratos públicos se dictan con base en la competencia de los artículos 53.1, 62 y 114 TFUE. Estos preceptos se refieren al establecimiento y garantía de funcionamiento del mercado interior y, en especial, a las reglas sobre la prestación de servicios. De modo que *el legislador europeo debe centrarse en los problemas derivados del funcionamiento del mercado*, que se plasman esencialmente en la fase previa a la celebración del contrato, esto es, en la adjudicación. Es cierto que la jurisprudencia del TJUE y las últimas Directivas han establecido condicionantes y reglas en torno a la fase de ejecución de los contratos. Es más, la nueva Directiva 2014/24/UE se refiere a la contratación pública y no exclusivamente a la adjudicación de contratos públicos –como hacía la Directiva 2004/18/CE, ya derogada–. Y la Estrategia Europa 2020 considera a la contratación pública un instrumento fundamental de desarrollo económico. Sin embargo, la razón última que justifica que la normativa europea se adentre en la fase posterior a la celebración del contrato es, aún, evitar las distorsiones en la competencia que se pueden manifestar en sede de ejecución del contrato. Por supuesto, no es posible negar a la contratación pública finalidades distintas del buen funcionamiento del mercado –como se aprecia a través de la introducción de condiciones sociales y medioambientales en los contratos o de la preocupación por la corrupción y el buen uso de los fondos públicos⁸–. Pero las normas europeas sobre contratos públicos siguen pivotando en torno a un objetivo fundamental de buen funcionamiento del mercado y de competencia entre los operadores económicos.

4. Para lograr la consecución de esta finalidad, las normas europeas se han centrado tradicionalmente en la regulación del Derecho sustantivo y procedimental de la adjudicación de contratos públicos. Establecen reglas en

5. Cdo. 1 Directiva 2014/24/UE.

6. GIMENO FELIÚ (2015) p. 10.

7. KNAUF y STREIT (2009) p. 38.

8. GIMENO FELIÚ (2014) pp. 15 y ss.

torno a los pliegos de condiciones y documentos del contrato, así como sobre los procedimientos que pueden utilizarse para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa, poniendo especial énfasis en las reglas de publicidad y transparencia. Asimismo, regulan procedimientos de recursos que los Estados miembros deben poner a disposición de los operadores económicos con el fin de que se protejan frente a vulneraciones de las normas de contratación pública⁹. Ahora bien, la forma de organización de la Administración que debe satisfacer las exigencias de estas normas se deja, como regla general, al margen de autonomía organizativa de los Estados miembros. Las Directivas europeas de contratación introducen algunas fórmulas organizativas –como las centrales de compras o las posibilidades de contratación conjunta esporádica¹⁰– y también prevén algunas prescripciones –escasas– en torno a la colaboración de los Estados miembros entre sí y con la Comisión Europea¹¹. La regulación directa de las formas de organización de la Administración nacional es, así, muy limitada. Sin embargo, *la satisfacción de las exigencias europeas sobre los contratos públicos repercute de forma muy intensa sobre el tipo de organización administrativa que debe ejecutar las normas de este sector*. La complejidad de las normas sustantivas y procedimentales, las exigencias de utilización de medios electrónicos, las obligaciones de elaboración de información en torno a la actividad contractual, los deberes de protección de los operadores económicos, el entrecruzamiento con las reglas de protección de la competencia y el deber de no vulnerar las reglas del mercado constituyen factores fundamentales que condicionan el modelo de Administración que se impone, *de facto*, a los Estados miembros para la gestión de la contratación pública.

5. El objeto de este trabajo consiste precisamente en analizar las formas y estructuras organizativas de la Administración de los contratos públicos que se diseñan de forma directa o indirecta por las disposiciones europeas. En concreto, se trata de *identificar una serie de rasgos característicos de la organización de la Administración que ha de gestionar los contratos públicos*. Para ello se analizan dos cuestiones fundamentales: en primer lugar, la redefinición del propio concepto de Administración que ha experimentado el Derecho de los contratos públicos (II); la Administración se define en clave funcional (II.1),

-
9. Las denominadas Directivas de recursos que establecen estos procedimientos siguen en vigor tras el nuevo paquete de Directivas: Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras; Directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero, relativa a la coordinación de la modificadas por la Directiva 2007/66/CE.
10. Arts. 37-39 Directiva 2014/24/UE; arts. 55-57 Directiva 2014/25/UE.
11. Arts. 39, 84-86 Directiva 2014/24/UE; arts. 57, 100-102 Directiva 2014/25/UE.

por oposición al mercado (II.2) y en clave nacional (II.3); y en segundo lugar, las formas y estructuras organizativas concretas de la Administración de los contratos públicos (III.). En este punto se examinan las formas y estructuras administrativas de forma diferenciada en atención a la función encomendada a la Administración: adjudicar (III.1), ejecutar (III.2) o controlar la gestión de los contratos públicos (III.3). Cada una de ellas presenta características distintas que serán objeto de análisis a lo largo de la exposición. Por último, el trabajo se cierra con una valoración crítica en torno a los problemas que suscita la implantación de nuevas técnicas organizativas en los Estados miembros (IV.).

II. LA REDEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

6. El Derecho europeo de los contratos públicos deja, aparentemente, un amplio margen de autoorganización a los Estados miembros. Sin embargo, en la práctica ha producido un fuerte impacto en las formas organizativas de las Administraciones nacionales. Esto se explica, en primer lugar, por la redefinición del concepto mismo de Administración que ha realizado el legislador europeo. *La determinación de qué entidades y en qué casos han de someterse a las reglas de contratación pública supone una clara transformación del concepto nacional y tradicional de Administración, vinculado, normalmente, a las distintas formas de personificación públicas y privadas.* A la luz del contenido de las normas europeas puede decirse que el Derecho de los contratos públicos se aplica a una Administración definida en clave funcional: superando la distinción entre público y privado, propia del Derecho nacional; por oposición al mercado: ya que el margen de autoorganización de las Administraciones nacionales va a depender de la determinación de los contornos del mercado; y en clave nacional: puesto que las actividades de contratación pública se realizan habitualmente de forma autónoma por las Administraciones nacionales, sin que exista una red de entrecruzamientos con las Administraciones de otros Estados miembros o con la Administración de la UE –como sucede en otros sectores del mercado interior–. A continuación se analizan brevemente estas notas características que, a mi juicio, conforman el nuevo concepto de Administración en el ámbito de los contratos públicos.

1. UNA ADMINISTRACIÓN DEFINIDA EN CLAVE FUNCIONAL

7. La configuración del ámbito subjetivo de aplicación de las normas sobre contratación pública se apoya en una definición funcional del concepto de entidad adjudicadora. Si convenimos que la Administración de

los Estados miembros es el destinatario del Derecho europeo de los contratos públicos, se trata de *una Administración con distintas formas de personificación (públicas o privadas) que no se define en clave orgánica sino funcional: no importa su integración subjetiva en la Administración, entendida en sentido estricto, ni tampoco la realización de funciones típicamente administrativas*. Lo que importa es que pueda considerarse como un poder adjudicador de carácter público que interviene en el mercado y que, dada su condición, puede ocasionar potenciales distorsiones de la competencia entre los operadores económicos. Todas las Administraciones territoriales y los organismos de Derecho público serán, así, poderes adjudicadores. El concepto tradicional de Administración queda desbordado, en la medida en que también los organismos de Derecho público –definidos por las propias normas europeas– son poderes adjudicadores. Con independencia de la forma jurídica de personificación, en la medida en que una entidad se cree para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial y que esté fuertemente vinculado a otros poderes adjudicadores a través de la financiación o de los órganos de supervisión, vigilancia o control, será un sujeto sometido a la aplicación de las normas “públicas” de contratación¹². El Derecho europeo de los contratos públicos supera, así, la distinción tradicional entre público y privado propio de los Derechos nacionales de los Estados miembros. De esta manera, desincentiva la huida a formas de organización de Derecho privado, puesto que el grado de sometimiento a las normas de contratación es el mismo en esos casos. La transformación más importante de la organización administrativa de los Estados miembros se debe, probablemente, a esta nueva concepción funcional de los entes que forman parte del sector público de la Administración, entendida en sentido lato. El resultado es la existencia de un número muy dispar de poderes adjudicadores en cada Estado miembro en función de sus distintas formas de organización administrativa¹³.

2. UNA ADMINISTRACIÓN DEFINIDA POR OPOSICIÓN AL MERCADO

8. La definición funcional de Administración se complementa, en sentido negativo, por oposición al mercado. En el nuevo paquete de Directivas el legislador europeo aclara el concepto de organismo de Derecho público diferenciándolo de los entes que operan en el mercado: si el ente actúa en

12. Art. 2.1 apdos. 1-4 Directiva 2014/24/UE. GIMENO FELIÚ (2014) p. 3.

13. Así, de los 350 de Dinamarca a los 132.652 de Francia, pasando por los 8.339 de España. Información obtenida del *Annual Public Procurement Implementation Review 2012*. COM STAFF Working Document 9.10.2012.

condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no se somete a las Directivas de contratación pública¹⁴. De esta manera traza una línea divisoria entre los entes –públicos o privados– que deben someterse a las reglas europeas de contratación pública y aquellos que operan libremente en el mercado. No obstante, la determinación de quién debe sujetarse al Derecho de los contratos públicos no dice nada sobre cuándo está obligado a contratar. En otras palabras, queda abierta una pregunta fundamental con respecto a los entes que conforman la “Administración de los contratos públicos”: *¿tienen un deber de acudir al mercado y, por tanto, de contribuir a que el mercado sea cada vez más grande? O, por el contrario, ¿cada Administración nacional es libre de decidir si atiende a sus necesidades con sus propios recursos o acudiendo a los operadores económicos del mercado interior? La respuesta a estas preguntas es determinante para deslindar el concepto de Administración frente al mercado, así como para predecir la futura configuración de la Administración de los contratos públicos¹⁵.*

9. La legislación de contratación pública a nivel europeo deja libertad formalmente a los poderes adjudicadores nacionales para acudir o no al mercado. Señala expresamente que los Estados miembros son libres para decidir si emplean sus propios medios o acuden al mercado para proveerse de bienes y servicios. Concretamente, afirma que son libres para llevar a cabo esa elección cuando realizan funciones de interés público y de servicio público y cuando prestan los servicios que tengan encomendados en la medida en que no exista una relación contractual¹⁶. *Se habla, así, de libertad*

14. Cdo. 10 Directiva 2014/24/UE.

15. Ya planteaban esta cuestión SOSA WAGNER y FUERTES LÓPEZ (2007) p. 1678; también, recientemente, VILALTA REIXACH (2012) p. 403.

16. Cdo. 5 Directiva 2014/24/UE: “Debe recordarse que ninguna disposición de la presente Directiva obliga a los Estados miembros a subcontratar o a externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos o a organizarlos de otra manera que no sea mediante contratos públicos en el sentido de la presente Directiva”; Cdo. 31 Directiva 2014/24/UE: “la aplicación de las normas de contratación pública no debe interferir con la libertades de los poderes públicos para ejercer las funciones de servicio público que le han sido conferidas utilizando sus propios recursos, lo cual incluye la posibilidad de cooperación con otros poderes adjudicadores”; art. 1.6 Directiva 2014/24/UE: “Los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato, se consideran un asunto de organización interna del Estado miembro de que se trate y, en ese sentido, en modo alguno se ven afectados por la presente Directiva”; Cdo. 5 Directiva 2014/23/UE: “la presente Directiva no debería menoscabar en modo

*de administración de los Estados miembros*¹⁷. La doctrina también ha entendido tradicionalmente que los Estados miembros gozan de esa libertad¹⁸.

10. Sin embargo, el análisis detenido de los efectos de la legislación contractual parece conducir a conclusión distinta. Uno de los grandes peligros para el debido cumplimiento de las normas europeas de contratación pública consiste en la utilización de formas de organización administrativa o de traslados competenciales que permitan evitar su aplicación –convenios de colaboración interadministrativa, encomiendas de gestión, etc.–. Mediante estas técnicas las Administraciones nacionales pueden huir de las obligaciones de protección del mercado que impone el Derecho de la UE. Para evitar esa situación, la legislación europea conceptúa como “contrato” cualquier relación entre la Administración y operadores económicos, pero también entre Administraciones y entre órganos de la misma Administración. En estos dos últimos casos, *la idea de relación contractual se opone a la de relación meramente administrativa*. De forma que cuando la relación sea contractual debe someterse a las reglas europeas de contratación pública. El problema es que la definición europea de relación administrativa es incompleta. Únicamente se ofrecen algunas pistas: hay relación administrativa y no contractual cuando una de las partes carece de margen de decisión para cumplir las instrucciones de la contraparte o para determinar la cuantía de su retribución¹⁹.

11. La extensión del concepto de contrato a las relaciones interadministrativas permite partir de una presunción de sometimiento a las reglas

alguno la libertad de los Estados miembros y de las autoridades públicas para realizar obras o prestar servicios directamente al público o para externalizar tal suministro mediante delegación a terceros”; art. 2.1 Directiva 2014/23/UE: “La presente Directiva reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión. Dichas autoridades tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos. Dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos”.

17. Art. 2.1 in fine Directiva 2014/23/UE; Cdo. 7 Directiva 2014/25/UE.

18. Así, WILLIAMS (2012) NA3. En España, REBOLLO PUIG (2003) p. 379: “La Administración no está obligada a contratar nada que pueda hacer ella misma mediante sus propios medios materiales y personales y, naturalmente, tiene el derecho de proveerse de esos medios para hacer por sí misma lo que deba hacer”; GONZÁLEZ GARCÍA (2007) p. 220.

19. Cdo. 34 Directiva 2014/24/UE. En este sentido, en España, VILALTA REIXACH (2012) pp. 275 y ss.

europas: lo normal será que las relaciones contractuales deban articularse con sometimiento a la legislación de contratación pública. Ahora bien, puesto que es necesario dejar un margen de autoorganización a los Estados miembros, *las autoridades europeas crean una serie de excepciones a la aplicación de las normas de contratación pública*²⁰. Si se dan los requisitos que el propio Derecho europeo va destilando, bien a través de las Directivas o de la jurisprudencia del TJUE, no se aplicarán las exigencias de la contratación pública. Esto es lo que sucede en la construcción de la idea de “medio propio” (*in house providing*) o de la colaboración público-público²¹ y de otras excepciones que va creando el Derecho europeo –como en el caso de la utilización de centrales de compras por los poderes adjudicadores, que se excluye expresamente del ámbito de aplicación de las Directivas²²–.

12. Puede concluirse, entonces, que *el Derecho europeo empuja indirectamente al mercado, en la medida en que extiende el concepto de contrato a las fórmulas de organización interna de la Administración y somete a estas últimas a un severo test de compatibilidad con el mercado interior*. La Administración puede dejar los contratos “en casa” únicamente cuando se cumplan las exigencias que al efecto establece el Derecho europeo. En el resto de casos, está obligada a acudir al mercado. Esta conclusión se ve reforzada, además, por el hecho de que las excepciones a la aplicación del Derecho de los contratos públicos se hayan construido en origen a través de la jurisprudencia del TJUE. La determinación *ad casum* y, por definición, incompleta, de estas excepciones, han generado la suficiente inseguridad jurídica como para constituir un incentivo para acudir al mercado y evitar posibles violaciones del Derecho de la UE. El propio legislador europeo reconoce esa situa-

20. En este sentido, KARAYIGIT (2010) p. 192; PEDERSEN y OLSSON (2013) p. 234; FALLE (2014) p. 132; WIGGEN (2014) p. 92; JAEGER (2014) pp. 260 y ss.

21. Cdo. 33 Directiva 2014/24/UE. Al respecto, RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE y BERNAL BLAY (2011) pp. 34-35; VILALTA REIXACH (2014) p. 941; y SANTIAGO IGLESIAS (2014) p. 902.

22. Art. 1.6 Directiva 2014/24/UE: “Los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato, se consideran un asunto de organización interna del Estado miembro de que se trate y, en este sentido, en modo alguno se ven afectados por la presente Directiva”; art. 12 Directiva 2014/24/UE. En torno a los acuerdos *in house*: AVARKIOTI (2007). Sobre la colaboración interadministrativa BERNAL BLAY (2011); GIMENO FELIÚ (2013).

Art. 37.4 Directiva 2014/24/UE: “Los poderes adjudicadores podrán adjudicar un contrato público de servicios para la realización de actividades de compras centralizadas a una central de compras sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva”.

ción de inseguridad jurídica y los problemas derivados de las divergencias en la interpretación de la jurisprudencia del TJUE, tanto por los Estados miembros como por los distintos poderes adjudicadores²³.

13. Además, junto a este efecto indirecto de la legislación europea de contratación pública, hay que tener en cuenta la presión ejercida desde la economía y el Derecho de la competencia a la hora de determinar el tamaño óptimo que ha de tener la Administración. *Parece asumirse la mayor eficacia económica del mercado en la prestación de bienes y servicios* –aunque los estudios científicos al respecto no corroboren necesariamente esas tesis²⁴–. En ese sentido se orientan las teorías del *New Public Management* que se han acogido en Europa con especial entusiasmo a través de los recortes realizados con ocasión de la crisis económica²⁵. Asimismo, a nivel regulatorio, académico y judicial *se extiende la idea de que el Derecho de los contratos públicos ha de interpretarse de manera procompetitiva*, esto es, promoviendo la mayor competencia posible en el mercado, dentro de los márgenes que ofrece la legislación europea²⁶. Esta interpretación se apoya en una supuesta primacía de la competencia sobre cualquier otro principio que pueda informar el Derecho europeo de la contratación pública²⁷. Aunque esta tendencia no derive directamente de las autoridades europeas ni de las prescripciones normativas del Derecho de la UE, hay que tenerla en cuenta a la hora de comprender la manera en que se define el papel de la Administración en los contratos públicos en la actualidad: es mejor para la economía y para la propia Administración que acuda al mercado en lugar de emplear los medios que tiene a su disposición.

3. UNA ADMINISTRACIÓN DEFINIDA EN CLAVE NACIONAL

14. El Derecho europeo de los contratos públicos se aplica exclusivamente a los Estados miembros, no a las autoridades europeas. Y tiene como presupuesto la libertad de administración de los Estados a la hora de configurar la organización que ha de dar cumplimiento a las prescripciones europeas. Aunque esa libertad de organización no sea plena, la verdad es que *el espacio de autoorganización de los Estados miembros apenas si se ve afectado por entrecruzamientos con las Administraciones nacionales de otros Estados o*

23. Cdo. 31 Directiva 2014/24/UE; Cdo. 45 Directiva 2014/23/UE; Cdo. 38 Directiva 2014/25/UE.

24. Por todos, BEL I QUERALT y ESTRUCH MANJÓN (2012).

25. BRAZIEL (2009) pp. 868, 886.

26. Por todos, SÁNCHEZ GRAELLS (2009) p. 15 y (2011) p. 4; y ESTEVAN DE QUESADA (2014) p. 231.

27. SÁNCHEZ GRAELLS (2011) p. 12.

con la Administración europea. En ese sentido, la Administración de los contratos públicos se define en clave nacional; dicho de otro modo, su ámbito de actuación es fundamentalmente nacional.

15. A diferencia de otros sectores del mercado interior, *el Derecho de la contratación pública parte del ejercicio separado de la competencia para contratar por cada Administración nacional.* Es cierto que se han introducido algunas fórmulas de ejercicio conjunto de la competencia para contratar a nivel transnacional. En este sentido, las nuevas Directivas prevén la posibilidad de que los poderes adjudicadores de distintos países contraten de forma conjunta²⁸. Pero la articulación de estos mecanismos debería llevarse a cabo por los Estados. Y los problemas que surgen a nivel interno, derivados de aplicar a la actividad contractual de un poder adjudicador normas de otro Estado miembro, pueden dificultar esa tarea²⁹. De hecho, el legislador europeo pone cierto énfasis en la necesidad de solventar esos problemas y de permitir la creación de entidades comunes entre los Estados miembros³⁰. Por otro lado, la intervención de la Administración europea, personificada en la Comisión, es menor y se circunscribe al ámbito del control del cumplimiento de las normas de contratación [*vid. infra* § 33]. Por todo ello, puede afirmarse que la Administración de los contratos públicos es una Administración de genética nacional. Las únicas conexiones existentes en este sector entre Administraciones de distintos niveles –nacional y europeo– se producen para fomentar el control de la aplicación de las normas de contratación pública, no para articular las tareas típicamente administrativas de adjudicación y ejecución de los contratos.

III. LAS FORMAS Y ESTRUCTURAS ORGANIZATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

16. De acuerdo con lo señalado hasta ahora, la Administración de los contratos públicos se define en clave funcional, superando las distinciones entre público y privado y ampliando el concepto tradicional de Administración. Además, es una Administración que debe acudir al mercado, salvo en los casos que puedan encuadrarse en las excepciones trazadas por el Derecho europeo. Y es una Administración que actúa a nivel nacional, de forma autónoma, sin entablar apenas conexiones con otras Administraciones nacionales

28. Art. 39 Directiva 2014/24/UE; art. 57 Directiva 2014/25/UE. SÁNCHEZ GRAELLS (2014) p. 130.

29. Sobre el régimen jurídico de la contratación conjunta transnacional RISVIG HAMER (2014) p. 209.

30. Cdo. 73 Directiva 2014/24/UE.

o con la Administración europea a la hora de gestionar la contratación. Ahora bien, esto dice aún poco en torno a las formas y estructuras organizativas concretas de esta Administración. Para analizar esta cuestión *se establece una diferenciación en razón de las funciones que lleva a cabo la Administración: adjudicar, ejecutar los contratos y controlar el cumplimiento de las normas europeas en esta materia*. Cada una de estas funciones responde a finalidades diversas y es objeto de una regulación europea de distinta densidad. Ello se traduce, a su vez, en una fuerte asimetría en el condicionamiento de la organización administrativa.

1. LA ADMINISTRACIÓN DE LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

17. Uno de los elementos basilares del Derecho europeo de la contratación pública es el respeto por el principio de competencia en el mercado interior. De hecho, la mayoría de las normas en esta materia se orienta a garantizar que el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa. Hasta la aprobación de la nueva Directiva 2014/24/UE, las Directivas de contratación pública europea disciplinaban exclusivamente los “procedimientos de adjudicación” de los contratos públicos. La Administración típica de los contratos públicos ha sido, por lo menos hasta ahora, una Administración de la adjudicación. Las normas orientadas a la higiene en la adjudicación garantizan la competencia entre los operadores económicos del mercado interior y aseguran que los poderes adjudicadores hacen un buen uso de los fondos públicos, evitando, de este modo, las posibles redes de corrupción que afectan de forma especialmente intensa a este sector. La salvaguarda de la competencia es un objetivo de tal importancia que, como se ha señalado [§ 13], se está extendiendo con gran rapidez una interpretación procompetitiva de las reglas de contratación pública. Según esta tendencia, no se trata solo de cumplir las prescripciones europeas, sino de realizar una aplicación práctica que maximice la competencia en el mercado interior: a través de las reglas de publicidad, de transparencia, de la determinación de los criterios de adjudicación o de la selección del procedimiento de adjudicación. Esta interpretación afecta directamente a la organización administrativa. *No se busca solo ampliar la competencia a través de los procedimientos de adjudicación de los contratos, sino lograr que la Administración se organice de tal manera que maximice la competencia*. En este contexto se explican algunos de los rasgos que podemos considerar característicos de la Administración contemporánea de la adjudicación de contratos públicos: se fomenta la agregación de las compras públicas; se promueve la cooperación con el sector privado; y se tiende a la profesionalización del personal dedicado a la adjudicación de contratos públicos.

1.1. Una Administración progresivamente centralizada

18. La nueva Directiva sobre contratación pública prevé un catálogo de instrumentos, procedimentales y organizativos, para articular la contratación agregada: acuerdos marco, sistemas dinámicos de adquisición, subastas electrónicas, catálogos electrónicos, centrales de compras y actividades de compra centralizada, contratación conjunta esporádica y contratación transnacional entre poderes adjudicadores de distintos Estados miembros³¹. Esta caja de herramientas para agregar el poder de compra no obliga a los Estados a adherirse a esa tendencia. Sin embargo, lo cierto es que *la previsión de formas organizativas concretas sumada a las ventajas que, desde el punto de vista económico, se atribuyen a la concentración de la contratación en manos de un menor número de entidades adjudicadoras, supone un claro incentivo para la utilización de estas técnicas a nivel nacional*. De este modo se está transformando la organización administrativa y se está extendiendo un modelo de adjudicación de contratos centralizada³².

19. Se ha extendido la idea de que *la agregación de la contratación permite crear economías de escala y ahorrar en la tramitación de los procedimientos*. Dado que el mercado se cerrará durante más tiempo, los operadores formularán mejores ofertas. Ello repercute en menores costes para los poderes adjudicadores y para los operadores económicos que conducen a un mayor *value for money* para la Administración³³. Por esta vía se logra, además, una mayor transparencia en la contratación, puesto que una mayor cuantía de los contratos va asociada a reglas de transparencia más exigentes³⁴. Y se mejora la competencia, porque una contratación pequeña y frecuente genera más riesgo de colusión que una contratación menos frecuente y grande³⁵. No en vano la Comisión trató, infructuosamente, de incorporar en la nueva Directiva de contratación pública una obligación de que los Estados miembros contrataran mediante centrales de compras. Entendía que esta fórmula es especialmente beneficiosa para el funcionamiento del mercado³⁶.

20. Lo cierto es que *las estadísticas en torno a los contratos adjudicados por entes distintos de los poderes adjudicadores ponen de manifiesto claramente esta tendencia* –que el propio legislador certifica³⁷–. De acuerdo con el informe anual

31. Arts. 33-39 Directiva 2014/24/UE.

32. RACCA (2014) p. 456.

33. RISVIG HAMER (2014) p. 201.

34. GALLEGRO CÓRCOLES (2013) p. 123.

35. CHARD (2008) NA28.

36. RISVIG HAMER (2014) p. 209. El art. 37.1 Directiva 2014/24/UE prevé la posibilidad, pero no la obligación de que se utilicen centrales de compras.

37. Cdo. 59 Directiva 2014/24/UE: “Se comienza a observar una marcada tendencia a la agregación de la demanda por los compradores públicos con el fin de obte-

de la Comisión en torno a la ejecución del Derecho de los contratos públicos de 2012, desde el año 2006 al 2011 el porcentaje de los contratos adjudicados por entes distintos de los poderes adjudicadores ha pasado del 3,14 al 5,73 por ciento³⁸. El Reino Unido es uno de los Estados donde más éxito ha tenido esta tendencia: más del 10 por ciento de su contratación se realiza a través de entidades distintas de los poderes adjudicadores³⁹. De hecho, en este país se han creado numerosas centrales de compras en diversos ámbitos: municipal, estatal, universidades, bomberos, etc.⁴⁰. Las centrales de compras también se han propagado rápidamente en Italia, donde se obliga a los pequeños municipios a contratar por esta vía –en gran parte, también, para evitar las posibles injerencias de la mafia que son más habituales a nivel local–⁴¹.

21. Ahora bien, la progresiva concentración o centralización de la competencia para contratar también presenta algunas desventajas, que se reconocen expresamente por el legislador europeo⁴². Quizás la más importante sea la *barrera que supone para el acceso a la contratación de las pequeñas y medianas empresas* (en adelante, PYMES), que suponen más del 99 por ciento de las empresas europeas⁴³. En este sentido, Alemania es un buen ejemplo de fomento de la contratación con PYMES. En este país rige un principio de fraccionamiento de los contratos en lotes y la centralización de la competencia para contratar no ha tenido el éxito que sí ha experimentado en otros países⁴⁴. De hecho, la tendencia a la centralización de las compras parece difícilmente compatible, en principio, con la facilitación del acceso de las PYMES a los contratos públicos que también se procura a través de la nueva Directiva de contratación pública⁴⁵. Además, hay que tener en cuenta que *la utilización de centrales de compras afecta a la estructura del mercado y puede conducir a una reducción de la competencia*⁴⁶. La utilización de centrales de compras favorece las condiciones que facilitan las colusiones tácitas en el mercado: mayor transparencia, concentración del mercado, estabilidad, simetría y menor complejidad. Y es-

ner economías de escala, incluida la reducción de los precios y de los costes de transacción, y de mejorar y profesionalizar la gestión de la contratación”.

38. *Annual Public Procurement Implementation Review 2012*. COM STAFF Working Document 9.10.2012.

39. *Annual Public Procurement Implementation Review 2012*. COM STAFF Working Document 9.10.2012.

40. CHARD (2008) NA28.

41. DI LASCIO (2014).

42. Cdo. 59 Directiva 2014/24/UE.

43. RISVIG HAMER (2014) p. 207; BURGI (2007) p. 290.

44. BURGI (2014).

45. WILLIAMS (2014) NA79.

46. CHARD (2008) NA26.

tas colusiones tácitas son especialmente difíciles de combatir a través de las normas europeas de Derecho de la competencia y, por supuesto, del Derecho de los contratos públicos⁴⁷. Asimismo, hay que tener en cuenta que en la experiencia del Reino Unido, donde se han implantado numerosas centrales de compras, *ha aumentado considerablemente el número de impugnaciones de las adjudicaciones*⁴⁸. Tal vez no sea un efecto que no se certifique en otros Estados, pero hay que estar alerta sobre su posible propagación.

1.2. Una Administración cooperativa con el sector privado

22. Junto a la centralización de la competencia para adjudicar los contratos, el siguiente rasgo característico de la Administración de los contratos públicos es su estrecha relación cooperativa con el sector privado. La contratación pública implica por definición la colaboración de la Administración con operadores económicos privados. Sin embargo, *la Administración de los contratos públicos contemporánea va más allá de esa mera colaboración y articula verdaderas técnicas de cooperación o asociación con operadores económicos privados*. De este modo, la Administración puede obtener con mayor facilidad financiación para sus proyectos, así como beneficiarse del conocimiento y de la asunción del riesgo por parte de entidades privadas⁴⁹. El contrato de colaboración público-privado constituyó una de las técnicas contractuales más importante en este contexto; a pesar de que aún puedan observarse algunos déficits en su regulación⁵⁰. En esta misma línea se sitúa la asociación para la innovación, introducida en la nueva Directiva de contratación pública⁵¹. Esta nueva fórmula requiere una Administración altamente cualificada y desarrollada, así como un entorno de innovación preexistente. Por esta razón, es muy probable que esta técnica se utilice especialmente en los países nórdicos –Suecia, Dinamarca y Finlandia– y en Alemania, que están a la cabeza de la innovación en Europa⁵². Por último, hay que tener en cuenta que la nueva Directiva de contratación pública ha flexibilizado las posibilidades de negociación con el fin de incrementar el comercio transfronterizo⁵³; lo que también exige una Administración fuerte y capaz de situarse en plano de igualdad en la negociación con los operadores económicos.

47. ESTEVAN DE QUESADA (2014) p. 230.

48. CHARD (2008) NA33.

49. MÍGUEZ MACHO (2014) p. 168.

50. BOVIS (2013) 198. HERNANDO RYDINGS (2012).

51. Cdo. 49 Directiva 2014/24/UE; art. 31 Directiva 2014/24/UE.

52. CERQUEIRA GOMES (2014) 216.

53. Cdo. 42 Directiva 2014/24/UE. WILLIAMS (2014) NA80. GIMENO FELIÚ (2014) p. 97.

23. La vis cooperativa de la Administración de los contratos públicos es coherente con la tendencia a la centralización de la competencia para contratar. Como regla general, las pequeñas Administraciones no tendrán capacidad suficiente para relacionarse con operadores económicos capaces de desarrollar complejos proyectos; o no tendrán suficientes recursos económicos como para invertir en innovación. Ello se debe, fundamentalmente, a sus mayores restricciones presupuestarias y a los límites a su endeudamiento, así como a su menor *know-how* en sectores que impliquen cierta complejidad. Lo mismo sucede con respecto a las fórmulas de negociación en la contratación, que exigen un cierto nivel de preparación técnica, de la que muchas veces carecen las pequeñas organizaciones administrativas. La tendencia a la agregación o centralización de la contratación se alinea, por tanto, claramente con el fomento de la colaboración con privados y con la necesidad de profesionalización de la Administración que se analiza seguidamente. *Se puede vislumbrar, por tanto, una clara apuesta del Derecho europeo a favor de una Administración nacional centralizada y especializada en materia de adjudicación de contratos públicos.*

1.3. Una Administración profesionalizada

24. Otra de las características esenciales de la Administración que, de forma indirecta, diseñan las reglas europeas de la adjudicación de contratos públicos, es su elevado grado de especialización. Una Administración que adjudica contratos de cierta relevancia, con reglas procedimentales de gran complejidad –a pesar del esfuerzo por simplificar los procedimientos–, que exigen un alto conocimiento de la normativa y también del mercado en el que se opera, exige que su personal tenga un alto nivel de conocimientos técnicos especializados. *Esa especialización va de la mano de la necesidad de su profesionalización. De manera convergente, la tendencia a la centralización va ligada también a la necesidad de mejorar la profesionalización de la gestión de la contratación*⁵⁴. Una Administración que no goce de los conocimientos técnicos adecuados no puede adjudicar contratos complejos, de mayor volumen económico y de forma menos frecuente. Del mismo modo, la incorporación progresiva de los medios de comunicación y de información electrónicos y de la flexibilización de los procedimientos de contratación exige una Administración de la adjudicación de contratos públicos muy desarrollada.

25. Para lograr ese objetivo de profesionalización, hay que comprender a todos los sujetos involucrados en el procedimiento de contratación

54. Cdos. 59, 69 Directiva 2014/24/UE. MORENO MOLINA y DOMÍNGUEZ ALONSO (2014) p. 159; RACCA (2014) p. 480.

y tener un enfoque eminentemente práctico⁵⁵. En algunos países, esta exigencia puede conducir a una modificación de las reglas de atribución de la competencia para contratar. En el caso de España, por ejemplo, el legislador designa como órgano de contratación a miembros electos que se integran en la organización administrativa (Ministros, Alcaldes, Concejales, etc.)⁵⁶. *La cultura de la profesionalización debe conducir a una mejora del reparto de responsabilidades entre los miembros electos de las organizaciones administrativas y los funcionarios o empleados públicos*. El diseño de las políticas públicas que deban implementarse a través de la contratación pública debe quedar en manos de miembros elegidos por los ciudadanos; pero no así la configuración de los documentos contractuales y la tramitación de los procedimientos de adjudicación, que ha de corresponder a personal altamente cualificado y sometido de forma estricta a reglas en torno a los conflictos de intereses, para garantizar la objetividad y evitar la corrupción⁵⁷.

2. LA ADMINISTRACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

26. El Derecho de la UE en torno a los contratos públicos no se ha preocupado tradicionalmente de regular la ejecución de los contratos. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sí que había introducido algunas exigencias en torno a la modificación de los contratos públicos y a la exigencia de respetar las reglas de la competencia, también en la fase de ejecución de los contratos públicos. De este modo se responde a la necesidad de extender las garantías de los principios de la contratación pública más allá del momento de la celebración del contrato⁵⁸. Pero esto no ha cambiado el hecho de que *el Derecho europeo de los contratos públicos es, todavía, un Derecho articulado en torno al objetivo de buen funcionamiento del mercado interior*. Incluso las escasas reglas que se han introducido en torno a la ejecución de los contratos públicos responden a una lógica de protección de la competencia. La regulación de la modificación y resolución de los contratos públicos, así como de la subcontratación persiguen evitar que el contrato se ejecute por alguien distinto de quien presentó la oferta económicamente más ventajosa⁵⁹.

27. Desde el punto de vista de la organización administrativa, esto significa que no se prevé ninguna exigencia vinculada a las necesidades propias de

55. SANMARTÍN MORA (2012) pp. 421 y ss.

56. COLÁS TENAS (2013) p. 189.

57. GIMENO FELIÚ (2015), pp. 29 y ss.

58. Al respecto, RACCA, CAVALLO PERIN y ALBANO (2011) *passim*.

59. DÍEZ SASTRE (2013) p. 96.

la fase de ejecución. Ahora bien, los cambios introducidos en la organización de la Administración para la adjudicación de los contratos públicos tienen repercusiones también en la Administración encargada de su ejecución. *La centralización o agregación de la competencia para contratar puede conllevar en numerosos casos una diferenciación entre la autoridad encargada de adjudicar el contrato y la responsable de gestionar su ejecución.* De modo que, aunque no se introduce ninguna exigencia organizativa en torno a la Administración que ha de ejecutar el contrato, sí que hay que tener en cuenta que se genera una organización en paralelo para la adjudicación, de un lado, y la ejecución, de otro. Esto puede dar lugar a disfunciones de las que no se hace cargo el legislador europeo. Son los legisladores nacionales los que, ante esta situación, deberán encontrar la forma de que exista un seguimiento único y completo de la vida del contrato. Este sentido, en Italia se ha dado una especial importancia a la figura del responsable del contrato, con el fin de garantizar el control del cumplimiento de las normas de contratación pública en todas las fases del contrato⁶⁰.

3. LA ADMINISTRACIÓN DEL CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

28. Tras analizar las exigencias europeas que se proyectan sobre la organización de la Administración para la adjudicación y la ejecución de los contratos públicos, respectivamente, queda exponer el modelo de Administración que ha de encargarse del control de las normas europeas de contratación pública. En este último caso, a diferencia de los anteriores, *las disposiciones europeas son mucho más claras y precisas y establecen de forma expresa un modelo organizativo.* Ahora bien, es necesario diferenciar también entre distintas funciones vinculadas al control: por un lado, el intercambio de información y la supervisión y, por otro lado, la tutela de los operadores económicos que intervienen en los procesos de contratación. Así, puede decirse que el legislador europeo configura una Administración en red –con cooperación vertical y horizontal– con el fin de garantizar el intercambio de información y la supervisión del cumplimiento de las normas de contratación; y que deja la tutela de los operadores económicos en manos de una Administración nacional de carácter independiente y tendencialmente centralizada.

3.1. Una Administración en red para el intercambio de información y la supervisión del cumplimiento de las normas de contratación pública

29. Aunque la Administración de los contratos públicos es una Administración típicamente nacional, las funciones de intercambio de informa-

60. BERCELLI (2014) pp. 91 y ss.

ción y de supervisión sí se articulan a través de mecanismos de cooperación vertical y horizontal que configuran una Administración en red⁶¹. El intercambio de información se considera uno de los métodos más antiguos de cooperación dentro de la UE⁶²; así como un elemento fundamental para fomentar la adjudicación en situaciones transfronterizas⁶³. En esta línea, *el nuevo paquete de Directivas prevé que cada Estado miembro designe un punto de referencia único para promover la cooperación con la Comisión* en el marco de la red SOLVIT. Ese punto de referencia funcionará como ventanilla única en materia de contratación pública⁶⁴. Asimismo, se prevé el establecimiento de un proyecto piloto a partir del 18 de abril de 2015 para comprobar si el Sistema de Información del Mercado Interior (IMI)⁶⁵ podría ser un instrumento útil en el ámbito de la contratación pública⁶⁶.

30. En relación con la supervisión, el artículo 81 *in fine* de la Directiva 2004/18/CE preveía la creación de agencias independientes por parte de los Estados Miembros con el fin de velar por el cumplimiento de las reglas sobre contratación pública. Esta previsión no tuvo, sin embargo, gran éxito en la práctica. Por ello, *el nuevo paquete de Directivas prevé que los Estados miembros velarán para que se supervise la aplicación de las normas de contratación pública*. Con este fin, se establece que los Estados han de comunicar a la Comisión qué autoridades, organismos o estructuras son competentes para ejercer esas funciones. Los resultados de esa supervisión deben ponerse a disposición del público y se comunicarán a la Comisión⁶⁷. Pero parece dejarse plena libertad a los Estados para decidir cómo se configurará la organización encargada de cumplir con esas funciones. Italia ha sido uno de los primeros Estados miembros en establecer una autoridad de supervisión en materia de contratación pública (*Autorità di vigilanza sui contratti pubblici*, AVCP) en el año 1994. Sus competencias se han ido reforzando a lo largo de los años de la mano del Derecho europeo⁶⁸. Recientemente, sin embargo, las tareas asumidas por la AVCP se han transferido a la Autoridad Nacional Anticorrupción (ANAC), que desde 2009 se ocupa de garantizar la

61. Conforme al concepto de red descrito por SYDOW (2004) pp. 78 y ss.

62. LAFARGE (2010) p. 611.

63. Cdo. 128 Directiva 2014/24/UE.

64. Cdo. 125 y art. 83.5 Directiva 2014/24/UE.

65. Establecido mediante el Reglamento 1024/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior y por el que se deroga la Decisión 2008/49/CE de la Comisión («Reglamento IMI»).

66. Cdo. 128 y art. 86.3 Directiva 2014/24/UE.

67. Art. 83.1 y 3 Directiva 2014/24/UE; art. 45 Directiva 2014/23/UE.

68. TORRICELLI (2014) p. 496.

transparencia y la integridad de las Administraciones Públicas⁶⁹. Habrá que esperar a ver cómo los Estados reaccionan frente al nuevo mandato introducido en las Directivas y si se establece alguna tendencia en las formas y estructuras de organización de la Administración. Por el momento, sí parece vislumbrarse una cierta tendencia a la centralización de las tareas de supervisión en alguna organización a nivel nacional.

31. Por último, hay que destacar que la nueva Directiva de contratación prevé la necesidad de que los ciudadanos, las partes interesadas y otras personas y organismos con un interés legítimo –pero que no ostentan la condición de operadores económicos– puedan señalar una infracción de las normas de contratación pública a la autoridad o a la estructura competente de supervisión. De esta manera se extiende la protección brindada por el Derecho europeo frente a las vulneraciones de las normas de contratación pública más allá de las exigencias de las Directivas de recursos. Esta nueva previsión no implica que estas personas estén legitimadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Pero sí que *obliga a los Estados a articular vías de reclamación a través de las Administraciones nacionales*⁷⁰. También en este caso habrá que esperar a ver cómo los Estados articulan el cumplimiento de estas exigencias y a qué tipo de organización administrativa encomiendan estas funciones.

3.2. Una Administración nacional de tutela de los licitadores independiente y tendencialmente centralizada

32. En la contratación pública el control directo del cumplimiento de las normas de contratación pública se deja en manos de los Estados miembros –a diferencia de otros ámbitos que residencian el control en las autoridades europeas, como el Derecho de ayudas de Estado; o en redes de autoridades independientes, como sucede en los mercados regulados–. Ahora bien, las normas europeas contenidas en las denominadas Directivas de recursos (*remedies Directives*) establecen una serie de condicionantes que ha de satisfacer la organización de cumplimiento de las reglas de contratación pública⁷¹. Los órganos encargados de conocer los recursos podrán tener, así, naturaleza judicial o administrativa. Tanto España como Alemania han optado por un modelo administrativo de cumplimiento de las Directivas de recursos. En esos casos, *la Administración ha de ser independiente, puesto que cumple con funciones cuasi-jurisdic-*

69. PIPERATA (2014) p. 36.

70. Cdo. 122 Directiva 2014/24/UE.

71. Empleo aquí la terminología utilizada por VELASCO CABALLERO (2014).

*cionales*⁷². Esa necesidad de independencia impide, una vez más, que las Administraciones de pequeño tamaño se hagan cargo directamente del cumplimiento de estas funciones. Habrán de ser Administraciones fuertes, centralizadas, con suficiente distancia de los operadores económicos del sector, las que deberán asumir, en su caso, las funciones de tutela de los operadores económicos. Se observa, por tanto, también en el caso de la Administración del control, una tendencia a la centralización de las estructuras administrativas.

33. Junto a estas vías nacionales de recursos, las Directivas de recursos introducían mecanismos complementarios de control de los procedimientos de adjudicación. En concreto, *en la actualidad, establecen un único procedimiento, que se denomina mecanismo corrector* –cuya utilización no obsta para la posible interposición de un recurso de incumplimiento–. Este procedimiento introduce la posibilidad de que la Comisión Europea controle el procedimiento de adjudicación de un contrato público antes de su celebración. *Se prevé para el caso de infracciones graves de disposiciones comunitarias*, puesto que se pretende que sean las personas interesadas las que se encarguen de utilizar las vías de recurso que tienen a su disposición antes de la celebración del contrato⁷³. Por esa razón, en la práctica, la Comisión no ha hecho uso habitualmente de esta técnica de control. Los operadores económicos ven suficientemente salvaguardados sus intereses a través de los mecanismos nacionales de recursos creados por mandato del Derecho europeo.

IV. REFLEXIÓN FINAL

34. A lo largo de la exposición se ha puesto de manifiesto el fuerte impacto que ha tenido el Derecho europeo de la contratación pública en la configuración de las Administraciones nacionales. *Aunque, aparentemente, las disposiciones en esta materia se centran en aspectos sustantivos y procedimentales, su repercusión indirecta en las formas y estructuras organizativas de la Administración de los contratos públicos ha sido muy intensa*. Se ha transformado el propio concepto de Administración y se condicionan sus técnicas organizativas mediante el establecimiento de diversos objetivos, entre los que destaca la promoción de la competencia en el mercado interior. El resultado es una Administración definida en clave funcional, por contraposición al mercado y en clave nacional, que tiende a la centralización del ejercicio de las competencias para adjudicar y controlar la gestión de los contratos, así como a la profesionalización de su personal.

72. Al respecto, Díez SASTRE (2012) pp. 139-140.

73. Considerando 28º Directiva 2007/66/CE.

35. La identificación de las transformaciones promovidas en las estructuras administrativas es solo un primer paso en el examen crítico que ha de realizarse sobre el impacto del Derecho europeo a nivel nacional en este sector. A continuación *es necesario evaluar el grado de consecución de las finalidades para las que fueron diseñadas estas modificaciones*. Dicho de otro modo, hay que valorar si las nuevas estructuras administrativas sirven verdaderamente a los fines que supuestamente justifican su implantación. Este objetivo excede de los propósitos de esta investigación. Pero sí cabe apuntar algunas de las preguntas que se suscitan en este sentido. Las transformaciones en las estructuras administrativas de la contratación pública impactan en la estructura del mercado en el que actúan y pueden derivar en distorsiones de la competencia. De modo que la mejora de la competencia promovida mediante una Administración centralizada, cooperativa y profesionalizada puede no darse, o al menos no plenamente, en la realidad. En esta línea, hay que tener en cuenta que las reglas de transparencia pueden ser problemáticas desde el punto de vista de la competencia al generar un entorno favorable a las colusiones tácitas entre empresas⁷⁴. Asimismo, el fomento de la colaboración público-privada puede suponer un aumento de los costes en la fase precontractual y en los costes de transacción que puede anular los beneficios derivados de la gestión de los contratos a través de estos instrumentos⁷⁵. Además, no hay que olvidar que las reglas de contratación pública no solo se dirigen, ni deben dirigirse, a procurar la competencia en el mercado. La integridad, la transparencia la distribución de riqueza y otro tipo de fines vinculados al interés público también gobiernan este tipo de actividad pública⁷⁶.

36. Por otro lado, hay que tomar conciencia de las distorsiones que las nuevas fórmulas de organización administrativa pueden producir en las categorías y normas del Derecho nacional. *La transposición de las Directivas de contratación y la interpretación de sus disposiciones ha de ponerse en conexión con las exigencias derivadas de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros*. En este sentido, las fórmulas de centralización de las competencias para contratar pueden poner en peligro la autonomía de distintas Administraciones, especialmente a nivel local. Asimismo, las técnicas de centralización y de cooperación pueden dificultar la atribución de responsabilidades entre los distintos entes involucrados en el ejercicio de las competencias⁷⁷. En este mismo sentido, la colaboración interadministrativa y

74. ESTEVAN DE QUESADA (2014) p. 240.

75. MÍGUEZ MACHO (2014) p. 196.

76. ESTEVAN DE QUESADA (2014) p. 240.

77. DÍEZ SASTRE (2008) p. 157.

la contratación conjunta y centralizada pueden plantear problemas en la determinación de la vía judicial procedente⁷⁸. El Derecho de la contratación pública plantea, de este modo, numerosos retos que exigen la adopción de una perspectiva integradora tanto de las exigencias derivadas del Derecho europeo como del Derecho nacional.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AVARKIOTI, Fotini, "The application of EU public procurement to "in house" agreements" (2007), 1 *Public Procurement Law Review*, pp. 22-35.
- BERCELLI, Jacopo, "L'assetto organizzativo delle stazioni appaltanti nelle procedure di gara e nella esecuzione del contratto", en Franco MASTRAGOSTINO (Dir.), *Diritto dei Contratti Pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle nuove direttive europee e del d.l. n° 90 del 2014* (2014), G. Giappichelli Editore, Torino, pp. 85-106.
- BEL I QUERALT, Germá y ESTRUCH MANJÓN, Alejandro, "La gestión de los servicios públicos locales: ¿por qué se privatizan los servicios públicos locales y qué efectos tiene la privatización?" (2012), 5 *Anuario de Derecho Municipal*, pp. 193-205.
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel, "La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación desde la óptica del Derecho de los contratos públicos" (2011), en *La organización local. Nuevos modelos*, Civitas, Cizur Menor, pp. 361-376.
- BOVIS, Christopher H., "Efficiency and Effectiveness in Public Sector Management: The Regulation of Public Markets and Public-Private Partnerships and Its Impact on Contemporary Theories of Public Administration" (2013), 8 *European Procurement and Public Private Partnership Law Review*, pp. 186-199.
- BRAZIEL, Tishisa L., "Contracting out contracting" (2009), 38 *Public Contract Law Journal*, pp. 857-893.
- BURGI, Martín, "La transposición de las Directivas de contratación pública en Alemania" (2014), Instituto de Derecho Local, UAM, Madrid, http://www.idluam.es/images/stories/Convocatorias/Folien_ES_Martin_Burgi.pdf.
- "Small and medium-sized enterprises and procurement law – European legal framework and German experiences" (2007), 4 *Public Procurement Law Review*, pp. 284-294.

78. HOFMANN (2005) pp. 361 y ss.

- CERQUEIRA GOMES, Pedro, "The innovative innovation partnerships under the 2014 Public Procurement Directive" (2014), 4 *Public Procurement Law Review*, pp. 211-218.
- CHARD, James, "Body beautiful or vile bodies? Central purchasing in the UK" (2008), 2 *Public Procurement Law Review*, NA26-34.
- COLÁS TENAS, Jesús, "Las competencias en materia de contratación de los órganos de las entidades locales" (2013), 161 *Revista de Estudios Locales. Cunal*, 183-203.
- DI LASCIO, Francesca, "La transposición de las nuevas Directivas de contratación pública en Italia" (2014), Instituto de Derecho Local, UAM, Madrid, http://www.idluam.es/images/stories/Convocatorias/DiLasci_seminario.pdf.
- DÍEZ SASTRE, Silvia, "La impugnación de las modificaciones de los contratos públicos" (2013), 161 *Revista de Estudios Locales. Cunal*, pp. 87-117.
- *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos* (2012), Marcial Pons, Madrid.
 - "La Administración mixta en España", en Francisco VELASCO CABALLERO y Jens-Peter SCHNEIDER (Dirs.), *La Unión Administrativa Europea* (2008), Marcial Pons, Madrid, pp. 133-158.
- ESTEVEAN DE QUESADA, Carmen, "Competition and Transparency in public procurement markets" (2014), 5 *Public Procurement Law Review*, pp. 229-244.
- FALLE, James, "Hamburg again: shared services and public sector cooperation in the case of Technische Universität Hamburg-Harburg v Datenlotsen Informationssysteme GmbH" (2014), 5 *Public Procurement Law Review*, NA123-NA132.
- GALLEGO CÓRCOLES, María Isabel, "Las centrales de contratación en clave local" (2013), 161 *Revista de Estudios Locales. Cunal*, pp. 119-146.
- GIMENO FELIÚ, José María, "La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad" (2015), ponencia en el X Congreso de la AEPDA. Disponible on line: <http://www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-863-Actividades-Congresos-de-la-AEPDA-X-CONGRESO-DE-LA-AEPDA-PROGRAMA-Y-PONENCIAS.aspx>, pp. 1-53.
- *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia* (2014), Thomson-Reuters Aranzadi, Universidad de Zaragoza, Cizur Menor.

- “La contratación conjunta y las fórmulas de cooperación como mecanismos de gestión eficiente de la organización en el modelo local” (2013), *Observatorio de contratos públicos*, pp. 71-84.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio Víctor, “Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación” (2007), 173 *Revista de Administración Pública*, pp. 217-237.
- HERNANDO RYDINGS, María, *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales* (2012), Civitas, Madrid.
- HOFMANN, Jens, “Rechtsschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund”, en Eberhard SCHMIDT-AßMANN y Bettina SCHÖNDORF-HAUBOLD (eds.), *Der europäische Verwaltungsverbund* (2005), Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 353-381.
- JAEGER, Wolfgang, “Die neue Basisvergaberichtlinie der EU vom 26.2.2014 – ein Überblick” (2014), 5 *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht*, pp. 259-267.
- KARAYIGIT, Mustafa T., “A new type of exemption from the EU rules on public procurement established: “in thy neighbour’s house” provision of public interest tasks” (2010), 6 *Public Procurement Law Review*, pp. 183-197.
- KNAUF, Matthias y STREIT, Thomas “Die Reform des EU-Vergaberechtsschutzes. Überblick unter Berücksichtigung des Entwurfs des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes” (2009), 2 *EuZW*, pp. 37-40.
- LAFARGE, François, “Administrative Cooperation between Member States and Implementation of EU Law” (2010), 16 *European Public Law*, pp. 597-616.
- MÍGUEZ MACHO, Luis, “Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis financiera del sector público”, en Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO y Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (Dir.), *La contratación pública a debate: presente y futuro* (2014), Thomson Reuters, Civitas, Cizur Menor, pp. 165-198.
- MORENO MOLINA, José Antonio y DOMÍNGUEZ ALONSO, Alma Patricia, “El nuevo Derecho de la Unión Europea sobre contratación pública”, en Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO y Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (Dir.), *La contratación pública a debate: presente y futuro* (2014), Thomson Reuters, Civitas, Cizur Menor, pp. 139-164.
- PEDERSEN, Kristian y OLSSON, Erik, “Azienda – the creation of an exemption from public procurement law” (2013), 6 *Public Procurement Law Review*, pp. 225-235.

- PIPERATA, Giuseppe, “L’attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione”, en Franco MASTRAGOSTINO (Dir.), *Diritto dei Contratti Pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle nuove direttive europee e del d.l. n° 90 del 2014* (2014), G. Giappichelli Editore, Torino, pp. 33-56.
- RACCA, Gabriela, “Nuove prospettive per l’aggregazione dei contratti pubblici nel contesto europeo” (2014), en Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO y Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (Dir.), *La contratación pública a debate: presente y futuro* (2014), Thomson Reuters, Civitas, Cizur Menor, pp. 455-492.
- RACCA, Gabriela M., CAVALLO PERIN, Roberto and ALBANO, Gian Luigi, “Competition in the Execution Phase of Public Procurement” (2011), 1 *Public Contract Law Journal*, pp. 89-108.
- REBOLLO PUIG, Manuel, “Los entes instituciones de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio” (2003), 161 *Revista de Administración Pública*, pp. 359-393.
- RISVIG HAMER, Carina, “Regular purchases and aggregated procurement: the changes in the new Public Procurement Directive regarding framework agreements, dynamic purchasing systems and central purchasing bodies” (2014), 4 *Public Procurement Law Review*, pp. 201-210.
- RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, Alfonso y BERNAL BLAY, Miguel Ángel, “La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes” (2011), en *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, pp. 23-41.
- SÁNCHEZ GRAELLS, Albert, “Novedades en material de compra colaborativa y adjudicación de concesiones de servicios en las nuevas Directivas de febrero de 2014” (2014), 7 *Anuario de Derecho Municipal*, pp. 121-144.
- *Public Procurement and the EU Competition Rules* (2011), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon.
 - “Competition and the Public Buyer Towards a More Competition-oriented Procurement: The Principle of Competition Embedded in EC Public Procurement Directives” (2009), disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1928724>.
- SANMARTÍN MORA, María Asunción, “La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea” (2012), *Observatorio de contratos públicos 2011*, pp. 407-429.
- SANTIAGO IGLESIAS, Diana, “Los convenios interadministrativos”, en Mariano YZQUIERDO TOLSADA (Dir.), *Los contratos públicos*, Tomo XIV (2014), Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 891-935.

- SOSA WAGNER, Francisco y FUERTES LÓPEZ, Mercedes, “¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación in house)” (2007), 3 *La Ley*, pp. 1669-1680.
- SYDOW, Gernot, *Verwaltungskooperation in der Europäischen Union* (2004), Mohr Siebeck, Tübingen.
- TORRICELLI, Simone, “L’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici in Italia”, en Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO y Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (Dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro* (2014), Thomson Reuters, Civitas, Cizur Menor, pp. 493-510.
- VELASCO CABALLERO, Francisco, *Derecho público (más) Derecho privado* (2014), Marcial Pons, Madrid.
- VILALTA REIXACH, Marc, “Los llamados contratos de auto-provisión (o “contratos in-house providing”)”, en Mariano YZQUIERDO TOLSADA (Dir.), *Los contratos públicos*, Tomo XIV (2014), Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 941-987.
- *La encomienda de gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública* (2012), Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor.
- WIGGEN, Janicke, “Directive 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector” (2014), 3 *Public Procurement Law Review*, pp. 83-93.
- WILLIAMS, Rhodri, “Modernising the EU Public Procurement regime. A summary of the key changes to the public sector” (2014), 3 *Public Procurement Law Review*, NA79-83.
- “Public-public cooperation – Teckal in practice” (2012), 1 *Public Procurement Law Review*, NA1-10.



Capítulo III

Aproximación a la Directiva 2014/23/UE de concesiones

Barcelona, octubre de 2014

JOAN PERDIGÓ SOLÀ

*Abogado-Socio de Tornos Abogados
Profesor Asociado de la Universidad de Barcelona*

SUMARIO: I. ANTECEDENTES DE LA DIRECTIVA DE CONCESIONES. II. LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN EUROPEA Y EL TEXTO APROBADO POR EL PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO. III. OBJETO MATERIAL Y FORMAL DE LA DIRECTIVA. 1. Principio de libertad de administración de las autoridades públicas. 2. Principio de libertad para definir los servicios de interés económico general. 3. En particular, los llamados servicios sociales y otros específicos. 4. Definición de concesión de obras y de concesión de servicios. 5. Umbrales de aplicación. 6. Duración de las concesiones. 7. Contratos mixtos. IV. SUJETOS DE LA CONCESIÓN DE OBRAS Y DE LA CONCESIÓN DE SERVICIOS. 1. Poderes adjudicadores. 2. Entidades adjudicadoras. V. CONCESIONES ENTRE ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO Y CONTRATOS DE COOPERACIÓN INTERADMINISTRATIVA. 1. In house por parte de un solo poder adjudicador y por una asociación de poderes adjudicadores. Las empresas mixtas como medio propio. 2. In house y cooperación interadministrativa no institucionalizada. VI. LA MODIFICACIÓN Y LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN. 1. Modificación del contrato de concesión. 2. La extinción de los contratos de concesión. VII. SOBRE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE CONCESIONES.

I. ANTECEDENTES DE LA DIRECTIVA DE CONCESIONES

La regulación del contrato de concesión de servicios públicos o, simplemente, la concesión de servicios, ha permanecido tradicionalmente inédita en el Derecho comunitario europeo. No obstante, la Directiva 2004/18/CE sí que empezó a regular el contrato de concesión de obra pú-

blica como una modalidad del contrato de obras. El contrato de concesión de obras y pasa ahora a formar parte la nueva Directiva de concesiones, 2014/23/UE, en lugar de seguir en la Directiva 2014/24/CE (obras, suministros y servicios) que sustituye la 2004/18/CE.

Este vacío normativo, que ahora pretende llenarse, tenía y sigue teniendo su explicación en una fuerte oposición de buena parte de los Estados miembros a que las concesiones de servicios públicos, así como las sociedades de economía mixta y demás modalidades de lo que, en nuestro derecho, entendemos como gestión indirecta de servicios públicos, mediante diferentes modalidades de contrato administrativo de gestión de dichos servicios, se incorporaran al Derecho europeo de contratación pública.

La razón de esta fuerte oposición es sencilla. En buena parte de los Estados miembros, este tipo de contratos no se rigen, como en España, por los principios de igualdad, publicidad y concurrencia, sino que se acostumbra a adjudicar mediante procedimientos negociados, más o menos informales, cuando no directamente. En Francia, la licitación de contratos de concesión no se establece hasta la conocida como *Ley Sapin*, de 19 de enero de 1993. Es por ello que veremos que la Directiva se refiere a determinadas entidades adjudicadoras como titulares de *derechos exclusivos o derechos especiales*, atribuidos por la autoridad competente de un Estado miembro a una entidad adjudicadora en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, directamente o, en su caso, previa licitación pública, supuesto en el que quedan excluidas de la Directiva de concesiones.

Precisamente, porque la Directiva 92/50/CEE sobre el contrato de servicios no contemplaba ninguna delimitación con respecto al contrato de concesión de servicios públicos y ello había generado controversia, la Comisión aprobó una Comunicación interpretativa, de 12 de abril de 2001 (2000/C121/02). Posteriormente, la Directiva 2004/18/CE, que sustituyó las tres anteriores sobre contratos de obras, suministros y servicios, incorporó la concesión de obras públicas, pero tampoco reguló la concesión de servicios. Sin embargo, en su artículo 1.4 da una definición de la concesión de servicios, para distinguirla del contrato de servicios que sí es objeto de la Directiva. Así, en una definición paralela a la de la concesión de obras en relación con el contrato de obras, se establece que la concesión de servicios presenta las mismas características que el contrato de servicios, con la diferencia de que la retribución de la prestación del servicio concedido es únicamente el derecho a explotar el servicio, o bien este derecho de explotación acompañado de un precio. Para que quede claro que esta definición de concesión de servicios es a los puros efectos de distinción con el contra-

to de servicios, el artículo 17 de la Directiva 2004/18/CE excluye, expresamente, la concesión de servicios de su ámbito de aplicación.

Pero es que, además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, tiene establecida una clara línea jurisprudencial, con el fin de combatir contratos adjudicados como concesiones de servicios y, por lo tanto, sin licitación, cuando entiende que, en realidad, son contratos de servicios, sujetos por lo tanto a la Directiva 2004/18/CE o, en su caso, a la anterior Directiva 92/50/CEE. En todo caso, la Directiva de concesiones parte, esencialmente, del concepto de concesión de servicios, en contraposición con el contrato de servicios, elaborado por la referida jurisprudencia del TJUE, que analizaremos más adelante. Es decir, que los fines a los que obedece esa jurisprudencia quedan ahora al margen y su doctrina se convierte en derecho positivo, configurando la definición no sólo de la concesión de servicios sino también la de la concesión de obras. Como veremos, de esa definición se puede derivar una difícil aplicación a buena parte de los servicios públicos que son objeto de contrato de concesión, conforme a nuestra legislación de contratos administrativos de gestión de servicios públicos.

II. LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN EUROPEA Y EL TEXTO APROBADO POR EL PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO

Las diferencias entre la propuesta aprobada por la Comisión Europea, el 20 de diciembre de 2011 y la aprobada por el Parlamento Europeo, el 15 de enero de 2014 y después, el 26 de febrero, por el Parlamento Europeo y el Consejo, son sustanciales.

Antes de un primer documento de trabajo general, sobre contratación pública, de 27 de junio de 2011, la Comisión ya había redactado la propuesta de Directiva de concesiones, de 20 de enero de 2011, con una oposición muy generalizada, puesta de manifiesto en el Informe del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública, el Informe del Comité Económico y Social, de 26 de junio de 2012 y el Informe del Comité de las Regiones, de 13 de setiembre de 2012. Esta oposición abierta, aunque más centrada en la gestión del servicio del abastecimiento de agua a poblaciones, también se puso de manifiesto, en el referéndum celebrado en Italia, el 12 y el 13 de junio de 2012, y en la Iniciativa ciudadana europea, con más de dos millones de firmas, promovida a partir del Foro Mundial del Agua, celebrado en Marsella, en marzo de 2012. Es por ello que, ya a los inicios del proceso de negociación entre el Consejo, el Parlamento Europeo y la Comisión Europea, en julio de 2013, se introdujeron dos modificaciones relevantes.

En primer lugar, los representantes de los tres órganos comunitarios convinieron la exclusión del servicio de abastecimiento de agua potable, así como de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales, cuando dichos servicios se preste junto con el de abastecimiento de agua. Esta exclusión abre la puerta a un régimen de exclusiones mucho más amplio en el texto aprobado por el Parlamento Europeo, cuyo estudio detallado en relación con nuestro régimen de concesiones y, en general, de contratos de gestión de servicios públicos, es imprescindible para establecer el alcance de la Directiva.

Y, en segundo lugar, se convino la suavización de las estrictas restricciones impuestas por la Comisión Europea a las modificaciones de los contratos de concesión –muy en línea con las españolas de la LCSP 2007, LES 2011 y TRLSCP 2011–, y que en el texto de la Directiva, aprobado finalmente por el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE, recupera buen parte de las tradicionales características de *ius variandi* de la Administración en la legislación y en la doctrina francesa y española sobre gestión de servicios públicos. Este régimen de modificación de contratos es prácticamente el mismo en la Directiva de concesiones y en la Directiva de contratación pública de obras, suministros y servicios, lo que pone de manifiesto que las nuevas Directivas de contratación no acaban de tener en cuenta la especificidad de la modificación de la concesión de obras y de servicios públicos, en atención a su larga duración, y los principios de continuidad y de mantenimiento del equilibrio económico que lo caracterizan y que, por cierto, la Directiva de concesiones desconoce, como veremos.

Pero, más allá de estas dos primeras modificaciones, el texto finalmente aprobado por el Parlamento Europeo difiere sustancialmente del presentado por la Comisión Europea, en muchos otros aspectos.

Hay que advertir finalmente que las nuevas Directivas no se limitan a regular los procedimientos de adjudicación de los contratos, sino que también pasan a regular su ejecución, incluida la subcontratación, su régimen de modificaciones, y su extinción y resolución.

III. OBJETO MATERIAL Y FORMAL DE LA DIRECTIVA

En la propuesta original de la Comisión Europea, el objeto de la Directiva eran las concesiones de obras públicas, las concesiones de obras y las concesiones de servicios. Ahora bien, las definiciones de las dos primeras –de obras públicas y de obras– eran literalmente idénticas y, por el contrario, la dualidad entre concesiones de servicios públicos y concesio-

nes de servicios no se contemplaba, refiriéndose la propuesta sólo a estas últimas, todo lo cual causaba una notable perplejidad. Ahora, el objeto de la Directiva 2014/23/UE son las concesiones de obras y las concesiones de servicios, sin que en ningún caso la Directiva precise que se trate de obras *públicas* ni de servicios *públicos*.

Antes de entrar en las definiciones y en el ámbito material de estas dos clases contrato de concesión, la Directiva establece un alcance y unos límites de las materias a las que aplica el régimen de contrato de concesión y de las materias que quedan excluidas. En realidad, la mayor parte del Preámbulo y del mismo articulado constituye un esfuerzo ímprobo para justificar el alcance material de la Directiva y en particular de sus exclusiones que, a pesar de ello, no es precisamente nada claro.

En todo caso, el régimen jurídico de nuestros contratos de concesión de obra pública y de concesión de servicios públicos y, más allá, de las demás modalidades de contrato de gestión de servicios públicos –incluido el de sociedad de economía mixta– es mucho más amplio que el de la Directiva europea. Por otra parte y como veremos, la cantidad de exclusiones materiales y formales que contiene la Directiva restringe todavía más su ámbito de aplicación con respecto al Derecho español de contratación pública.

La delimitación material de la Directiva se efectúa a partir de dos principios: **libertad de administración** y **libertad de definición de los servicios de interés general**.

1. PRINCIPIO DE LIBERTAD DE ADMINISTRACIÓN DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS

Este principio establecido en el artículo 2.1 de la Directiva viene a ser el equivalente a nuestros artículos 8.2 TRLSCP y 85.2 Ley 7/1985 reguladora de las bases del Régimen Local, LBRL (en la redacción dada por la Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, LRSAL)¹, en virtud de los cuales las Administraciones públicas tienen libertad para prestar los servicios públicos de su competencia mediante las diferentes modalidades de gestión directa por la propia Administración, por organismo autónomo, entidad pública empresarial o sociedad mercantil íntegramente pública; o indirectamente mediante la concesión de servicios, *públicos* en España, al que se añaden la otras modalidades de contrato de gestión de servicios públicos: gestión interesada, concierto y sociedad

1. EMBID IRUJO, Antonio. “Reforma de la planta municipal y prestación de servicios locales”, en *Cuadernos de Derecho Local*, n° 29, junio de 2012, pp. 99-118.

de economía mixta. Y ello a diferencia de las obras, los suministros y buena parte de los servicios, en que Administración está obligada a contratar con el sector privado, salvo las contadas excepciones de ejecución de obras y servicios y fabricación de suministros por la propia Administración, en aplicación del artículo 24 TRLCSP (*in house providing*).

Este principio, que no aparecía en la propuesta de la Comisión Europea, es imprescindible para disipar la fuerte oposición de muchos Estados miembros y de grupos de ciudadanos interesados a la incorporación de la concesión de servicios al régimen de contratación pública europea. El temor de estos Estados y de ciudadanos era que esta regulación común podría comportar, para los servicios públicos, la misma obligatoriedad de contratar ordinariamente a terceros, que para los obras, suministros y, en su caso, servicios. Es decir, que pudiera desaparecer la gestión directa de servicios públicos por la propia Administración, por sus organismos y empresas públicas o por sociedades mercantiles de capital íntegramente público.

El artículo 2.2 completa este principio estableciendo o más bien recordando el artículo 295 del Tratado, en el sentido que la Directiva no afecta el régimen de propiedad de los Estados miembros. Y subraya también que la Directiva, ni mucho menos, exige la privatización de las empresas públicas que prestan servicios al público. El contenido de este artículo 2.2 de la Directiva da la justa medida de los temores de muchos Estados miembros con respecto a una Directiva de concesiones. Temores consistentes en pensar que una Directiva en esta materia podría imponer con carácter general la gestión indirecta de los servicios públicos, o la privatización de las empresas públicas. Temores difícilmente comprensibles en España donde estamos acostumbrados, desde el siglo XIX y, en todo caso desde el Estatuto Municipal de 1924 a que la elección de la forma de gestión de servicios públicos, directa e indirecta, y de sus diferentes modalidades, es una decisión discrecional adoptada en el ámbito del principio de auto-organización de cada Administración pública. Así ha sido, en todo caso, desde el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, la Ley de Contratos del Estado de 1965, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, su reforma de 1999, el Texto Refundido de 2000, y la Ley de concesión de obras públicas de 2003, hasta la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público y su Texto Refundido de 2011. Y en el bien entendido de que la adjudicación de las diferentes modalidades de contrato de gestión indirecta de servicios públicos, así como el de concesión de obras públicas, siempre ha estado sujeto a los principios de igualdad, publicidad y concurrencia, en su adjudicación. En fin que toda esta parte del articulado de la Directiva de concesiones y de los considerandos de su Preámbulo no son nada nuevo en España.

2. PRINCIPIO DE LIBERTAD PARA DEFINIR LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

El artículo 4, junto con las exclusiones de los artículos 10 a 17, delimita un ámbito material particularmente restringido de los contratos de concesión.

Además de la no alusión –luego corregida– al esencial principio de libertad de elección de las formas y modalidades de gestión de los servicios públicos, la propuesta de la Comisión Europea adolecía también de una falta de relación entre la Directiva de concesiones y el *par* conceptual –clave del Derecho europeo– de *servicios de interés no económico general* y *servicios de interés económico general* y, entre los de interés económico, al grado de liberalización de los mismos, exigido por las respectivas Directivas sectoriales, en desarrollo del artículo 86 del Tratado. Todo ello al hilo de las Comunicaciones de la Comisión, sobre “*Los servicios de interés general en Europa*”, de 11 de setiembre de 1996, (DO C 281/03, DOCE n° C 281, 26.09.1996) y de 29 de setiembre de 2000 (DO C 17, 19.01.2001). Precisamente, es a establecer la delimitación entre las concesiones de obras y servicios, y los servicios de interés general, económicos y no económicos, que se dedica el Considerando (6) del Preámbulo de la Directiva.

A partir de este Considerando (6), el artículo 4.1 dispone que la Directiva no afecta a la definición que, dentro del Derecho de la Unión, los Estados miembros puedan adoptar en el sentido de qué servicios se consideran *servicios de interés económico general*, su forma de organización y financiación. En particular, se establece que la Directiva no afecta a los regímenes de seguridad social. Y el artículo 4.2 excluye del ámbito de aplicación de la Directiva de concesiones *los servicios de interés no económico general*.

Aunque con bastante imprecisión, el Anexo II de la Comunicación de la Comisión de 29 de setiembre de 2000, define los servicios de interés general y los de interés económico general, y de ambas definiciones se puede colegir la de servicios de interés no económico general, que son los que la Directiva excluye de su ámbito de aplicación.

Así, los servicios de interés **económico** general son los servicios de mercado considerados como de interés general y que, en virtud del artículo 86.2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, TCCE, están sujetos a la liberación, es decir a la libre competencia entre el sector público y el sector privado, pero que precisamente por ser de interés general se les pueden imponer determinadas misiones u obligaciones de servicio público y de servicio universal. Estos servicios son, como mínimo, los de agua, energía, transportes, servicios postales y telecomunicaciones. Las respectivas Direc-

tiva establecen el diferente grado de liberalización en cada sector. Así en telecomunicaciones, la liberalización se impone en términos absolutos, mientras que en los otros, o bien no se impone como es el caso del agua, o se impone de forma relativa y/o progresiva en el tiempo, como es el caso de la energía (gas, electricidad y calefacción), los transportes y los servicios postales.

Nada impide, sin embargo, que un Estado miembro establezca la total liberalización de estos servicios o, incluso, su privatización, como es el caso de Gran Bretaña o, prácticamente, el de todo el sector energético en España². Precisamente, los servicios de interés económico general que no están, necesariamente, liberalizados están sometidos a un régimen especial de contratación, regulado sucesivamente por las Directivas 93/13/CEE, 2004/17/CE y ahora por la Directiva 2014/25/UE. Entre la Directiva de 1993, transpuesta por la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, y la de 2004, transpuesta por la Ley 31/2007, de 30 de octubre. Los servicios de telecomunicaciones fueron plenamente liberalizados, por lo que ya no aparecen en la Directiva 2004/17/CE ni en la Ley 31/2007 ni, por supuesto, en la nueva Directiva 2014/25/UE.

Por el contrario, los servicios de interés **no económico** general son los servicios que no están expuestos al mercado y que, por lo tanto, los Estados miembros pueden prestar tanto en régimen de monopolio como de coexistencia con el sector privado, y mediante modalidades de gestión directa por el sector público o en colaboración con el sector privado. Al contrario de los servicios de interés económico general, los de interés no económico no se ejemplifican en ninguna de las dos Comunicaciones de la Comisión; pero existe un amplio consenso en que comprenden, como mínimo, los sectores de la educación, la sanidad, los servicios sociales y los servicios culturales y, por supuesto el orden público y la seguridad, entre otros servicios que exigen el ejercicio de autoridad.

Por su parte y a partir de la declaración del segundo párrafo del Considerando (6) del Preámbulo, que advierte que la Directiva tampoco trata ni puede tratar de la liberalización de los servicios de interés económico general, reservados a las entidades públicas y privadas, ni a la privatización de entidades públicas prestadoras de servicios, el artículo 16 excluye, en general, del contrato de concesión las actividades sometidas directamente a la competencia. Es decir que, tanto los servicios de interés económico general

2. La energía se mantiene en la Ley 31/2007, sobre todo, por el monopolio del transporte de energía eléctrica de Red Eléctrica, y del monopolio territorial zonal de las empresas distribuidoras de electricidad y de gas, así como por la fuerte intervención estatal de los precios de los consumidores domésticos.

cuyas Directivas imponen la liberalización y en los que el sector público interviene en competencia con el sector privado, como, en general, en cualquier otra iniciativa pública económica (arts. 128.2 CE y 86.1 LBRL) en la que la Administración interviene en régimen de mercado y libre competencia, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva de concesiones.

Estas exclusiones –la de los servicios no económicos de interés general, los económicos liberalizados y la iniciativa pública económica en general–, parecen reducir extraordinariamente el ámbito de aplicación material de las concesiones reguladas por la Directiva, en particular el de las concesiones de servicios. Más allá pues de la concesión de obras, esta aplicación quedaría limitada a los servicios de interés económico general cuya respectiva Directiva no exige la liberalización. Es con respecto a estos servicios de interés económico general no liberalizados que los Estados miembros pueden libremente optar por la gestión pública, directa o indirecta; y sólo en el supuesto que adopten como modalidad de gestión indirecta la concesión, será de aplicación la Directiva 2014/23/UE.

Así las cosas, el ámbito de la Directiva de concesiones y, en particular por lo que a las concesiones de servicios se refiere, parecería circunscrito a servicios, básicamente locales o autonómicos, como los de abastecimiento y saneamiento de aguas residuales, transporte urbano e interurbanos de viajeros, gestión de residuos urbanos de competencia local y gestión de residuos industriales susceptibles de ser declarados servicio público autonómico (art. 12.6 Ley 22/2011, de residuos y suelos contaminados). De todas formas y como veremos luego, algunos de estos servicios públicos son expresamente excluidos y con respecto a otros, no queda en absoluto claro que sea de aplicación la Directiva, habida cuenta de la definición de concesión que se adopta.

Así, para empezar, un servicio económico de interés general no liberalizado por su Directiva³, como el servicio de abastecimiento de agua potable⁴ ha quedado expresamente excluido por el artículo 12, en todas sus fases: producción, transporte, distribución y suministro. Además, también quedan excluidos los servicios de alcantarillado, drenaje y tratamiento de aguas residuales, cuando se prestan por un mismo poder o entidad adju-

3. La Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política del agua.

4. La expresión correcta sería abastecimiento de agua *de consumo humano*, según la denominación adoptada por la Directiva 98/83/CE, de 14 de setiembre de 1998, transpuesta por el Real Decreto 140/2003, de 7 de febrero.

dicadora junto con el servicio de abastecimiento de agua⁵. Y esta exclusión tanto reza para la concesión de servicios públicos como para la concesión de obras hidráulicas de los artículos 133 a 135 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, TRLA, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001⁶, de 20 de julio. La exclusión del sector del agua es particularmente significativa del controvertido debate que ha habido durante la negociación entre la Comisión Europea, el Consejo y el Parlamento Europeo, con el trasfondo de los ya citados referéndum del 12 y el 13 de junio de 2012, y de la Iniciativa ciudadana europea, promovida a partir del Foro Mundial del Agua de Marsella, de marzo de 2012.

Pero no es la única exclusión. El artículo 10 también excluye del ámbito de aplicación de la Directiva los servicios de transporte aéreo del Reglamento CE 1008/2008; los servicios públicos de transporte de viajeros, en el sentido del Reglamento CE nº 1370/2007, los servicios de defensa y seguridad de la Directiva 2009/81/CE; los servicios de comunicación audiovisual y radiofónica de la Directiva 2010/13/UE; servicios de comunicación electrónica de la Directiva 2002/21/CE; servicios jurídicos, de arbitraje y conciliación de la Directiva 22/249/CEE; servicios financieros a tenor de la Directiva 2004/39/CE; servicios de defensa civil, protección civil y prevención de riesgos prestados por entidades sin ánimo de lucro (Cruz Roja, RACC, RACE, etc.); y servicios de lotería adjudicados por un Estado miembro a un operador económico en base a un derecho exclusivo.

3. EN PARTICULAR, LOS LLAMADOS SERVICIOS SOCIALES Y OTROS ESPECÍFICOS

A pesar de la exclusión de los servicios no económicos de interés general, el artículo 10 de la Directiva prevé la concesión *de servicios sociales y otros específicos*. El contenido de estos servicios se remite al Anexo IV y, a la vista de la relación que incluye, es claro que no se refiere a lo que entendemos por servicios sociales propiamente dichos, por lo que en realidad no hay contradicción.

Ahora bien, entre ellos, hay unos pocos servicios que, habitualmente, sí que son objeto de concesión como los de hostelería, restauración cafetería

5. Recordemos que, en la Directiva 2004/17/CE, ahora 2014/25/UE, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua y otros (Ley 31/2007) cuando estos servicios de drenaje, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales se prestan junto con el de abastecimiento de agua potable su contratación queda sujeta a la Directiva.
6. Después de la modificación de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, de concesión de obras públicas.

y cantina. Pero la mayor parte de ellos son más bien objeto, entre nosotros, de contratos de servicios, como los de servicios domésticos, suministro de comidas, organización de eventos, servicios de formación, servicios postales y de paquetería. De hecho, los artículos 74 a 76 de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, y su Anexo XIV, recogen estas mismas materias como objeto de un particular contrato de servicios.

Aunque empieza a haber algún caso en España, los servicios de personal médico y de enfermería son menos habituales entre nosotros, ya sea como concesión o como contrato de servicios. Pero los servicios de criminología, detectives, salvamento, de seguridad en prisiones y de seguridad pública en general, ya tienen un encaje más difícil en nuestro ordenamiento, por no decir los verdaderamente chocantes servicios de *búsqueda de prófugos y servicios de patrullas*, que no es que parezcan insusceptibles de concesión, sino ni siquiera de contratación como servicios, habida cuenta del ejercicio de autoridad inherente que muchos de ellos implican (art. 275.1 TRLCSP).

4. DEFINICIÓN DE CONCESIÓN DE OBRAS Y DE CONCESIÓN DE SERVICIOS

El objeto formal de la Directiva son los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, ambos a partir de un valor igual o superior a los 5.186.000 €. Pero es que, a parte de las exclusiones por materias, la definición de concesión sugiere notables dudas sobre la aplicación de la Directiva a buena parte de los servicios públicos.

Y antes de entrar en la delimitación que se deriva de la definición, es claro que la Directiva sólo podrá afectar a nuestros contratos de concesión de obra pública, de concesión de servicios públicos y, como mucho, al de gestión interesada, por su similitud con la concesión. En cualquier caso, la Directiva en nada afectará a la sociedad de economía mixta o contrato de colaboración público privado institucional, ni al concierto que, por otra parte, se usa habitualmente en la gestión de servicios no económicos de interés general (educación, sanidad, cultura, servicios sociales) excluidos, como hemos visto, del ámbito de aplicación de la Directiva, sin perjuicio de los singulares “servicios sociales y específicos” del artículo 10 y del Anexo IV.

Como hemos avanzado, las actuales definiciones de concesión de obras y de concesión de servicios tenían ya una versión anterior en la Directiva 2004/18/CE, establecidas ambas a partir de las definiciones respectivas del contrato de obras y de contrato de servicios. En el caso de la concesión de obras públicas, porque era objeto de esa Directiva; y en la de

concesión de servicios, precisamente para distinguir entre el contrato de servicios objeto de la Directiva y el de concesión de servicios que estaba excluido. Así, el artículo 1.3 de la referida Directiva establecía que:

“3. La «concesión de obras públicas» es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio”.

Y el 1.4 que:

“3. La «concesión de servicios» es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio”.

Al pasar a la nueva Directiva 2014/23/UE de concesiones, la definición de la concesión de obras –que pierde el calificativo de *públicas*– adquiere substantividad propia y deja de relacionarse con el contrato de obras y con el contrato de servicios, aunque mantiene los mismos términos que las anteriores definiciones.

El Considerando 4 de la nueva Directiva constata que:

“Existe un riesgo de inseguridad jurídica relacionado con las divergentes interpretaciones de los principios del Tratado por los legisladores nacionales y de grandes disparidades entre las legislaciones de los diferentes Estados miembros. Dicho riesgo ha sido confirmado por una jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que si embargo aborda solo en parte determinados aspectos de la adjudicación de contratos de concesión”.

Con el fin de disipar estas discrepancias, los apartados a) y b) del artículo 5.1 establecen las definiciones siguientes:

“concesión de obras: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago;”.

La definición de concesión de servicios sigue esta misma pauta:

“concesión de servicios: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores

confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago”.

Se admite, pues, que la contraprestación del concesionario sea sólo el precio satisfecho por el usuario de la obra o servicio, sólo un precio contractual abonado por la Administración concedente, o bien una combinación de ambos, cuando el precio de los usuarios es “subvencionado” por la Administración (arts. 115 y 129 RSCL 1955, y 253 a 256 y 281 TRLCSP 2011). Sin embargo y por lo que respecta a las posibles aportaciones económicas de la Administración, este régimen retributivo no acaba de encajar con el resto de la definición.

Efectivamente, al final del artículo 5.1 se añade un párrafo, común a ambas definiciones, con precisiones directamente entresacadas de la jurisprudencia del TJUE, antes reseñada, es decir de las Sentencias que han ido fijando las diferencias entre la concesión de servicios y el contrato de servicios, aplicadas también ahora a la concesión de obras:

“La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”.

En principio, el concepto de riesgo operacional vendría a coincidir con el de riesgo y ventura en nuestro Derecho⁷, sin embargo presenta diferencias notables⁸. Sus manifestaciones como riesgo de demanda y riesgo de suministro no se definen en la actual propuesta de Directiva aprobada por el Parlamento Europeo, pero sí que lo eran en la propuesta original de la Comisión Europea. Así el riesgo de demanda sería el

7. De nuevo ver BLANQUER CRIADO, D., obra citada, pp. 264 a 284.

8. Con respecto a la delimitación conceptual entre contrato y concesión, ver GIMENO FELIÚ, J. M^a., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 140 a 168.

riesgo relacionado con la utilización de las obras o la demanda de prestación de servicios; mientras que el riesgo de suministro sería el relacionado con la disponibilidad de las infraestructuras proporcionadas por el concesionario o utilizadas, junto con medios y recursos, para la prestación de servicios a los usuarios. Ambas manifestaciones de riesgo operacional se compadecen poco con el principio de continuidad del servicio público, en particular con los servicios mínimos obligatorios de los municipios (art. 26 LBRL) y con los servicios esenciales reservados a los entes locales (art. 86.2 LBRL), así como con el principio de mantenimiento del equilibrio económico que actúa como contrapartida del principio de continuidad.

Como hemos avanzado, una reiterada jurisprudencia del TJUE, establece, de forma reiterada que el riesgo del concesionario no tiene porqué ser absoluto y que se admite que sea sólo parcial o incluso muy reducido, lo que deja espacio a los principios de continuidad del servicio público y de restablecimiento del equilibrio económico en aras de la continuidad del servicio, regulado en nuestros contratos de concesión de obra pública y de gestión de servicios públicos. Sin embargo, el origen y el fin de esta jurisprudencia arrojan considerables dudas de que las definiciones de concesión de obras y de concesión de servicios se ajusten a nuestro Derecho.

Al mismo tiempo y en paralelo a las iniciativas de la Comisión Europea para introducir el contrato de concesión de servicios en el ordenamiento europeo de contratación pública, el TJUE –en resolución de recursos por incumplimiento interpuestos por la Comisión o en cuestiones prejudiciales planteadas por jueces o tribunales nacionales– venía estableciendo un clara línea doctrinal, con el fin de combatir contratos adjudicados como concesiones de servicios y, por lo tanto, sin licitación o con una negociación más o menos informal, a partir de la premisa de que no son concesiones sino que, en realidad, se trata de contratos de servicios, sujetos por lo tanto a la Directiva 2004/18/CE o, en su caso, a la anterior Directiva 92/50/CEE.

Así, en STJUE, de 10 de noviembre de 1998 (Asunto C-360/96, *BFI Holding BV*), se establece que una concesión del servicio de recogida de residuos domésticos es un contrato de servicios, habida cuenta que la retribución del contratista consiste en un precio y no en el rendimiento de la explotación de dicho servicio. En STJUE, de 13 de octubre de 2005 (Asunto C-458/03 *Parking Brixen*), la explotación de aparcamientos públicos constituye una concesión de servicios, con suficiente *riesgo operacional* del con-

cesionario, habida cuenta de que la retribución por la explotación de los aparcamientos la percibe de los usuarios de los mismos⁹.

Y de nuevo con respecto a la gestión de residuos urbanos, aunque no con respecto a su recogida, sino su tratamiento mediante incineración recuperación de energía, la STJUE, de 18 de julio de 2007, (Asunto C-382/05 *Comisión contra Italia*) sobre unas concesiones o “*convenios*” adjudicados directamente, por razones de urgencia, por el Presidente de la Región de Sicilia, para el tratamiento, mediante incineración con recuperación de energía, de la fracción residual de los residuos urbanos recogidos selectivamente, establece que son contratos de servicios por inexistencia de riesgo operacional y que, por lo tanto, deberían haberse adjudicado previa licitación pública y no directamente. No hace falta insistir en el, digamos que peculiar, trasfondo de esta adjudicación directa de las incineradoras de residuos de Sicilia –seguramente por ello la parte actora es la misma Comisión en recurso de incumplimiento, en un acción que más tiene que ver con la lucha contra el crimen organizado que con la contratación pública–, trasfondo que nada tiene que ver con el de España donde las concesiones de servicios públicos se adjudican siempre previa licitación.

Sin embargo, en la STJUE, de 10 de setiembre de 2009 (Asunto C-2006/08 *Eurawasser*), prevalece la concesión a pesar de que el riesgo es muy limitado, cosa que el Tribunal justifica **por el carácter esencial de los servicios de abastecimiento de agua y de alcantarillado, objeto de la concesión**. Así, efectúa el planteamiento general según el cual en la concesión de servicio se caracteriza por el hecho de que el concesionario asume la explotación del servicio junto con el riesgo operacional, riesgo que puede ser más o menos limitado y normalmente con una retribución satisfecha por los usuarios, mientras que en el contrato de servicios el contratista se limita prestar el servicio y a ser retribuido por la Administración mediante el precio estipulado contractualmente y, por lo tanto, sin riesgo operacional. Sin embargo matiza que este planteamiento no puede acogerse en términos absolutos, por lo menos con respecto a determinados servicios y así establece que:

“Es corriente que algunos sectores de actividad, en particular en los sectores relativos a actividades de utilidad pública, como es el caso del

9. De todas formas la Sentencia *Parking Brixen* es mucho más relevante con respecto a que una empresa municipal de gestión de aparcamientos y otros servicios públicos, convertida en sociedad mercantil que, junto con la actividad de servicio público, puede actuar en otros sectores privados en régimen de mercado, no puede ser considerada un medio propio al que la Administración le pueda adjudicar directamente la gestión de aparcamientos, sino que habría tenido que recurrir a una previa licitación pública.

suministro de agua y evacuación de aguas residuales, sean objeto de una reglamentación que puede tener como resultado limitar los riesgos económicos que se corren.

Por un lado, la configuración jurídica pública de la explotación económica y financiera del servicio facilita el control de la explotación y reduce los factores que puedan vulnerar la transparencia y falsear la competencia.

*Por otro, debe seguir siendo posible que las entidades adjudicadoras, actuando de buena fe, garanticen la prestación de servicios mediante una concesión, si consideran que se trata de la mejor manera de garantizar el servicio público de que se trata, **incluso si el riesgo derivado de la explotación es muy limitado.***

Además, no sería razonable pedir a la autoridad pública concedente que cree las condiciones de competencia y de riesgo económico superiores a las que existen en el sector en cuestión debido a la normativa aplicable al mismo.

En tales circunstancias, dado que la entidad adjudicadora no tiene influencia alguna en la configuración jurídico pública del servicio, es imposible que introduzca y, por consiguiente, transfiera factores de riesgo que quedan excluidos por dicha configuración”.

El razonamiento de esta Sentencia, referido al abastecimiento de agua y al alcantarillado y el saneamiento de aguas residuales urbanas, es perfectamente aplicable a los servicios de gestión de residuos urbanos, tanto recogida como tratamiento, y al servicio de limpieza de vías públicas, así como al alcantarillado y al saneamiento de aguas residuales cuando son objeto de gestión separada de la del abastecimiento de agua potable. Efectivamente, su configuración legal es la misma, tanto como servicios municipales mínimos de prestación obligatoria del artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local, LBRL, como de servicios esenciales reservados a las entidades locales, declarados como tales por el artículo 86.2¹⁰ de la misma LBRL, en desarrollo del artículo 128.2 de la Constitución, sobre reserva al sector público de servicios esenciales, especialmente en régimen de monopolio. Más adelante volveremos sobre ello.

En línea con la Sentencia *Eurawasser*, nuestro Tribunal Supremo, en Sentencias de 6 de abril de 2005 establece que “*el principio de riesgo y ven-*

10. En la redacción original de la LBRL era apartado 3 del art. 86, hasta que en virtud de la modificación operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, LRSAL, pasó a ser el apartado 2 de dicho precepto.

tura a que ha de someterse el contratista debe cohonestarse con la necesidad de mantener el equilibrio financiero de la concesión (...)”, habida cuenta de que el desequilibrio económico o la incorrecta determinación del precio puede ocasionar un grave perjuicio al interés público. Y en Sentencia de 19 de setiembre de 2000 que:

“... el equilibrio económico de la concesión debe entenderse como la búsqueda de una igualdad entre las ventajas concedidas al concesionario y las obligaciones que le son impuestas, compensando así los beneficios probables y las pérdidas previsibles, persiguiendo una honesta equivalencia entre lo concedido y lo exigido al mismo”.

En la STJUE, de 10 de marzo de 2011 (Asunto C-274/09 *Privater Stadler*) y con respecto a un servicio igualmente esencial como el de ambulancias de una mancomunidad de municipios de Baviera (RFA), se entiende que se impone la calificación de concesión de servicio público por encima de la de contrato de servicios porque, a pesar de que sea muy parcialmente, el concesionario asume un cierto riesgo operacional. Riesgo parcial que la Sentencia funda en el hecho de que, si bien la mayor parte de los servicios son abonados por la Seguridad Social, el resto son de usuarios cubiertos por seguros privados o sin seguro, que no garantizan, por tanto, el pago efectivo del transporte en ambulancia. Pero, la verdad, es que se encuentra a faltar un razonamiento en el sentido de que el servicio de ambulancias debe mantenerse con independencia de la demanda del mismo y del grado de riesgo del contratista que lo presta que, ni que sea teóricamente, debería percibir de la Administración una contraprestación suficiente, incluso en ausencia total de demanda de ambulancias.

Contradictoriamente con esta Sentencia, unos meses después se dicta la STJUE de 10 de noviembre de 2011 (Asunto C-348/10 *Norma-Dekom*) sobre el servicio de transporte urbano de viajeros de la ciudad y la comarca de Ludza, en Letonia, en la que se entiende que los contratistas no asumen suficiente riesgo operacional como para poder calificarse el contrato como de concesión, puesto que la Administración contratante asume prácticamente todas las pérdidas derivadas de la explotación, así como la diferencia entre las tarifas ordinarias y las especiales bonificadas de las que disfruten determinadas categorías de pasajeros. Es por esta razón que entiende que el contrato debe calificarse como de servicios y no como concesión. Y ello a pesar de que la Sentencia admite las explicaciones del Gobierno letón y de la empresa concesionaria, en el sentido de que ésta sí que asume una parte de riesgo, derivado de la eventual disminución de recursos públicos destinados a cubrir pérdidas, de la modificación de itinerarios y de trayectos o

de la incertidumbre en cuanto a la demanda de los usuarios, motivos que bien hubiesen podido llevar al TJUE a dictar una sentencia en contrario, en línea con la anterior sobre el servicio de ambulancias. Lo curioso es que, en el supuesto de esta Sentencia, la adjudicación de la concesión de la gestión del transporte urbano de viajeros sí que se había adjudicado previa licitación, por lo que el objeto de la misma ya no es el de velar por la concurrencia pública sino, estrictamente, por la naturaleza del contrato, en función de la existencia o no de suficiente riesgo y ventura por parte del contratista.

De todas formas, habida cuenta de que la mayoría de estas sentencias se dictan a partir de cuestiones prejudiciales, planteadas por jueces o tribunales nacionales, en las Sentencias *Parkin Brixen*, *Privater Stadler* y *Norma Dekom*, entre otras, el TJUE pone énfasis, en cita de la segunda, en que:

*“No obstante, no corresponde al Tribunal de Justicia calificar en concreto la operación controvertida en el procedimiento principal. Tal calificación es competencia exclusiva del juez nacional. La función del Tribunal de Justicia se limita a proporcionar al juez nacional una interpretación en Derecho de la Unión útil para la resolución a éste corresponde adoptar en el litigio del que está conociendo (véase, en particular, la Sentencia de 13 de octubre de 2005, *Parkin Brixen*, C-458/03, Rec. P. I-8585, apartado 32).*

El juez nacional es el único que puede, por una parte, interpretar las disposiciones del Derecho nacional y, por otra parte, evaluar la parte del riesgo que asume concretamente el contratante en función de ese Derecho y de las disposiciones contractuales controvertidas. No obstante, el examen de la operación controvertida a la luz de las disposiciones normativas y contractuales, ... conduce a primera vista a la conclusión de que dicha operación presenta las características de un contrato de servicios”.

En definitiva, que las sentencias del TJUE que resuelven cuestiones prejudiciales, planteadas por los jueces y tribunales nacionales en los litigios de los que conocen, no son estrictamente vinculantes, sino que ofrecen al órgano jurisdiccional nacional un notable margen para apreciar que, en aplicación del Derecho nacional, una determinada categoría de contratos, por razón del interés público de su objeto, deben calificarse como concesiones, o que pueden mantener esa calificación, y no la de contratos de servicios, a pesar de que el riesgo que asume el contratista sea muy parcial. Así, como en la Sentencia de 10 de setiembre de 2009, *Eurawasser*, se exceptiona el abastecimiento de agua de los rigores del riesgo operacional, en materia de gestión de residuos, los jueces y tribunales nacionales también pueden exceptonar de tal exigencia servicios igualmente mínimos y esenciales,

como los de gestión de residuos urbanos, alcantarillado y saneamiento de aguas residuales urbanas, y transporte urbano de viajeros.

Por otra parte hay que tener en cuenta de que la prestación de determinados servicios públicos como los de agua, pero también los de recogida de residuos urbanos y limpieza de vías públicas constituyen obligaciones de salud pública en aplicación de los artículos 42.3 a) de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y 12 y 13 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, por su exposición al mercado y el riesgo operacional del contratista que preste estos servicios será inevitablemente limitado.

Al mismo tiempo, tanto la Directiva Marco del Agua, 2000/60/CE, como la de Residuos, 2008/98/CE tienen como principios generales básicos los de ahorro de agua, tanto para los usos agrícolas como para los de servicio público de abastecimiento a poblaciones, y tanto industriales como domésticos, y de reducción de los residuos. Estos principios, digamos que de progresiva limitación del *negocio*, son totalmente ajenos y contrarios a la esencia de las actividades en régimen de mercado, que es el incremento de las ventas y del margen de beneficio. Y como avanzábamos con respecto a la Sentencia de las ambulancias, la continuidad de estos servicios públicos ha de ser independiente tanto de la demanda, por más que esta disminuya que es lo que deber hacer en el caso del agua y de los residuos, como de la disponibilidad de suministro cuyos mínimos han de estar permanentemente garantizados, por el concesionario.

Pero es que, además, el abastecimiento de agua de consumo humano y el saneamiento de las aguas residuales urbanas constituyen un derecho humano, reconocido en la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 64/292, de 29 de julio de 2010. En este sentido, la Directiva 2000/60/CE ya se avanzó estableciendo en el considerando (1) que *“El agua no es un bien comercial como los demás, sino un patrimonio que hay que proteger, defender y tratar como tal”*.

En definitiva, que como el riesgo operacional de estos servicios públicos tenderá, en todo caso, a ser mínimo y no por ello, los contratos que tengan por objeto su prestación pueden calificarse de contratos de servicios.

Así, la STJUE, de 10 de setiembre de 2009 (Asunto C-2006/08 *Eurawasser*) relativiza el riesgo que ha de asumir el concesionario, en el sentido de que no ha de ser ni mucho menos absoluto sino que, mientras exista, puede ser perfectamente un riesgo muy reducido. En este sentido, se establece que:

“72. Es corriente que algunos sectores de actividad, en particular en los sectores relativos a actividades de utilidad pública, como es el caso

del suministro de agua y de la evacuación de aguas residuales, sean objeto de una reglamentación que puede tener como resultado limitar los riesgos económicos que se corren”.

En definitiva, la Sentencia no hace más que afirmar lo que es obvio en Derecho francés y español, en el sentido de que el riesgo del concesionario no puede ser absoluto sino que siempre, estará más o menos limitado por los principios de continuidad en la prestación del servicio público y de mantenimiento y, en su caso, restablecimiento del equilibrio económico del contrato, si se ve alterado por alguna causa legalmente prevista. Frente a esta evidencia, la Sentencia precisa que:

“77. En todo caso, incluso si el riesgo que corre la entidad adjudicadora es muy limitado, es necesario que se transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo de explotación que corre para que se considere que existe una concesión de servicios”.

En el mismo sentido se pronuncia la STJUE, de 10 de noviembre de 2011 (*Asunto C-348/10 Norma A Deskom*) sobre el que también en aplicación de la Directiva 2004/17/CE a un contrato de transporte por autobús, otorgado por lo que vendría a ser un Consejo Comarcal de Letonia.

La definición del artículo 5.1 parece acoger este riesgo parcial, cuando se refiera a la “... **parte** de los riesgos transferidos al concesionario...”. Sin embargo, no se incluye cautela alguna con respecto a la continuidad del servicio y al restablecimiento del equilibrio económico. Más bien todo lo contrario, se exige que el riesgo, a la parte del mismo, asumido por el concesionario suponga:

*“... una exposición real a las **incertidumbres del mercado** que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”.*

Es precisamente esta alusión al mercado y la nula preocupación de la Directiva por las garantías de continuidad del servicio y la inexistencia de un concepto parecido al del restablecimiento del equilibrio económico, lo que nos hace dudar, seriamente, de que la Directiva de concesiones sea aplicable a la mayoría de los servicios públicos. Y como ya hemos avanzado, parece claro que el rigor del riesgo asumido por el concesionario se compadece poco con la prestación de los servicios mínimos que el artículo 26 LBRL declara obligatorios para los municipios y con la prestación de los servicios esenciales reservados a los entes locales del artículo 86.2 LBRL.

Más bien parece que esta *exposición real a las incertidumbres del mercado* reserve lo que daríamos en llamar “*concesión comunitaria*” a actividades

que no son propiamente servicios públicos y cuya utilización por parte de los usuarios/ciudadanos es absolutamente libre. Ahora bien, si de estas actividades hay que excluir los servicios no económicos de interés general, como por ejemplo los culturales o deportivos, excluidos por la propia Directiva, así como los de abastecimiento de agua y de transporte de viajeros también excluidos, y los de gestión los servicios de alcantarillado y saneamiento de aguas residuales no vinculados a al abastecimiento de agua potable, y los de gestión de residuos, con una jurisprudencia comunitaria reacia a aceptar la concesión por inexistencia de riesgo operacional suficiente, ¿qué nos quedará? Puede que quizá, por ejemplo, los aparcamientos públicos de vehículos a motor, pero poca cosa más. Habría que acudir más bien a las antiguas actividades complementarias del artículo 27 LBRL, suprimido por la LRSAL, y especialmente limitadas por el nuevo artículo 7.4 LBRL introducido por la misma LRSAL. Un ejemplo podría ser el de la asunción, por parte del Ayuntamiento de Barcelona, de la titularidad del Parque de Atracciones del Tibidabo y su gestión indirecta por concesión. En definitiva que, visto así, el alcance de la Directiva de concesiones, en los términos estrictos del Derecho comunitario europeo, parece que tendría que tener un escaso recorrido en nuestro Derecho interno.

En particular, resulta sorprendente que la Directiva puede pretender que esa “*exposición real a las incertidumbres del mercado*” pueda aplicarse a las concesiones de los “*servicios sociales y específicos*” que luego se relacionan en el Anexo IV y entre los que está, por ejemplo, la *búsqueda de prófugos* o de *patrullas*¹¹. Como antes ya hemos dicho y habida cuenta de su estrecha relación con el ejercicio de autoridad (art. 275.1 TRLCSP) buena parte de estos servicios no parecen susceptibles, ya no de concesión sino de cualquier otra modalidad de contrato de gestión indirecta de servicios públicos o, incluso, de contrato de servicios, habida cuenta del ejercicio de autoridad que les es inherente.

Son estas previsiones tan incomprensibles, por lo menos desde la óptica de nuestro Derecho, lo que genera una notable incertidumbre sobre cuál sea el verdadero objeto de esta Directiva y sobre el alcance que pueda llegar a tener su transposición a nuestro ordenamiento interno. A una conclusión similar llega Mercedes FUERTES LÓPEZ, en el *Observatorio de Contratos Públicos 2012*¹²:

11. Puede hasta causar sonrojo apuntarlo, pero es como si la Directiva pretendiera poner a concesión servicios de caza-recompensas, de somatenes o, mejor dicho, de algo así como mercenarios, porque el somatén es voluntario.
12. FUERTES LÓPEZ, Mercedes. “Los riesgos del riesgo de explotación (crítica a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las concesiones

*“La aceptación acrítica de estos criterios del Tribunal de Justicia supondría una gran alteración al régimen tradicional de la contratación administrativa. En concreto, de la gestión de servicios públicos. De ahí que **convenga proceder con prudencia para no enredar ningún ovillo en este tejer y destejer de la integración europea**”.*

Como consecuencia de lo dicho hasta ahora, se nos plantea otro tema de gran importancia, que no podemos examinar en este momento en toda su extensión. Se trata de saber si el incumplimiento de los requisitos de la definición comunitaria de concesión, en particular de concesión de servicios, implica necesariamente su configuración como contrato de servicios. De ser así, este contrato debería, como mínimo, doblar su actual duración de 4 años más 2, a 8 más 2, para permitir la amortización de equipos, vehículos y demás material. De hecho, el artículo 305,2 del TRLCSP ya permite que el Gobierno del Estado y los de las Comunidades Autónomas prologuen la duración de determinadas categorías de contratos, como podrían ser los de alcantarillado, recogida de residuos urbanos y limpieza pública. Pero no parece que se reconozca esa facultad a los ayuntamientos, que deberían acudir a su respectiva Administración autonómica. Además y en aras a la continuidad del servicio, debería excluirse expresamente de estos contratos la facultad de suspensión y el derecho de resolución del contratista, en caso de impago por parte de la Administración de los apartados 4 y 6 del artículo 216 del TRLCSP, compensando al concesionario con la correspondiente indemnización que restableciera el equilibrio económico.

5. UMBRALES DE APLICACIÓN

Como hemos avanzado, la propuesta de Directiva aplica a las concesiones por un valor igual o superior a 5.186.000 €, según dispone el artículo 8. Este umbral es revisable por la Comisión Europea, cada dos años.

El valor de la concesión se establece en función del volumen de negocio total del concesionario generado durante la duración del contrato, excluido el IVA, y que constituye la contraprestación por las obras y servicios objeto de la concesión, incluidos los suministros relacionados. Ahora bien, el valor estimado en el momento del anuncio puede que no coincida con el valor de la adjudicación, no sólo porque el importe de la propuesta finalmente adjudicataria será obviamente distinto, sino porque en el procedimiento de selección y adjudicación, regulado por el Título II de la Directiva

de servicio público y los contratos de servicios)”, en *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, José María GIMENO FELIÚ (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 224.

(arts. 30 a 41), es muy poco preciso y sugiere la posibilidad de que, junto con el concurso abierto y el restringido, se puedan utilizar también procedimientos parecidos al diálogo competitivo, por lo que el valor estimado inicialmente y el del contrato finalmente adjudicado, pueden alterarse sustancialmente durante el proceso de selección. Es por ello que se prevé que si el valor de la concesión en el momento de la adjudicación supera en más de un 20% el valor estimado en el anuncio, la estimación válida será el valor de la concesión en el momento de la adjudicación.

6. DURACIÓN DE LAS CONCESIONES

Según el artículo 18, la duración de las concesiones ha de ser obviamente limitada, pero no establece límite mínimo ni máximo alguno. Ahora bien, la duración máxima de las concesiones que exceda de cinco años no podrá sobrepasar el tiempo que se considere razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios concedidos, más un rendimiento sobre el capital invertido y, debería añadirse, sobre el coste de la explotación propiamente dicho, pero el artículo 18.2 no lo explicita. Eso sí, establece que las inversiones que se tengan en cuenta a efectos del cálculo de la duración de la concesión deberán incluir tanto las inversiones iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión.

Con respecto a las prórrogas, parece claro que una cosa son las previstas en el contrato de concesión, habida cuenta de que el valor estimado ha de comprender las posibles prórrogas. Pero como hemos visto, ello sugiere que las modificaciones que tengan por objeto la ampliación del plazo de la concesión no serían admisibles.

7. CONTRATOS MIXTOS

Las concesiones de obras son de ejecución y explotación de las obras contratadas, sin diferencias por tanto con nuestra concesión de obra pública o de obras hidráulicas. Pero la concesión de servicios de la Directiva es sólo de explotación de los mismos, sin que se prevea que el mismo contrato de concesión pueda amparar la ejecución de la obra y la explotación del servicio al que la obra está afecta.

La propuesta de Directiva de la Comisión Europea sólo contemplaba los contratos mixtos como contratos de obras o de servicios y otros contratos sujetos a la Directiva de contratación pública general. Ello parecía impedir que el clásico contrato de gestión de servicios previa eje-

cución de las obras necesarias para la explotación del servicio quedara sujeto a la propuesta de Directiva. Ahora el artículo 20.1 de la Directiva sí lo prevé, si bien no con la singularidad propia que tiene nuestra concesión de ejecución de obras y explotación de servicios, sino como contrato mixto de concesión de obras y concesión de servicios. Además, también se contemplan como contratos mixtos los de concesión de obras o concesión de servicios, junto con otros contratos de obras, suministros o servicios, sujetos a la Directiva 2014/24/UE de contratación pública general.

IV. SUJETOS DE LA CONCESIÓN DE OBRAS Y DE LA CONCESIÓN DE SERVICIOS

Los sujetos de la Directiva son, en general, los “poderes adjudicatadores”, pero también las llamadas “entidades adjudicadoras”, si bien en el ámbito únicamente de los sectores del gas y la calefacción, la electricidad, el transporte por ferrocarril, tranvía autobús y cable, y los servicios postales.

1. PODERES ADJUDICADORES

Son poderes adjudicatadores el Estado, las autoridades regionales, las autoridades locales y los organismos de derecho público dependientes de los otros tres. En concordancia con el Derecho comunitario europeo, en particular el de contratación pública, el concepto de organismo de derecho público tiene el sentido amplio, que reitera el artículo 6.4 de la Directiva; es decir, de haber sido creado para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, que esté dotado de personalidad jurídica propia –con independencia de que dicha personalidad sea pública o privada– y que esté mayoritariamente financiado por las autoridades estatales, regionales, locales o de otros organismos públicos, o bien sometido a su supervisión o cuente con órganos de administración, dirección o supervisión cuyos miembros sean nombrados por las autoridades antes indicadas.

2. ENTIDADES ADJUDICADORAS

En el artículo 7 de la Directiva, el concepto de entidad adjudicadora se limita en función de su objeto, circunscrito a las actividades del Anexo II de la Directiva. Como hemos avanzado, estas actividades propias de las entidades adjudicadoras son las que se ejercen en los sectores del gas y la calefacción, la electricidad, el transporte por ferrocarril, tranvía autobús y cable, y

los servicios postales¹³. Ello establecido, son entidades adjudicadoras las que ejerzan una de estas actividades, pudiendo tener naturalezas diferentes:

- a) Autoridades estatales, regionales, locales y organismos públicos de ellas dependientes.
- b) Empresas públicas, entendidas como aquellas sobre las que, directa o indirectamente los poderes adjudicadores ejercen una influencia dominante por razón de la propiedad, la participación financiera o de las normas que las rigen. La diferencia con los organismos de derecho público es que las empresas públicas sí que pueden tener carácter industrial o mercantil.
- c) Entidades distintas de las anteriores pero que ejercen una actividad de las del Anexo II, a partir de derechos especiales o exclusivos, concedidos por las autoridades estatales, regionales o locales.

Según las definiciones de los apartados 10) y 11) del artículo 5 de la Directiva, *derechos exclusivo* es el concedido por las autoridades competentes, en aplicación de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, para el ejercicio de una actividad que limite el ejercicio de la misma a ese único operador, de forma que excluya la capacidad de a los demás operadores para el ejercicio de dicha actividad. Y *derecho especial* viene a ser lo mismo, pero concedido no a un solo operador sino a varios con exclusión del resto. En definitiva, que el derecho exclusivo equivaldría a una monopolio y el derecho especial a un oligopolio, otorgados en virtud de la legislación sectorial correspondiente.

Ahora bien, el artículo 7.2 de la Directiva excluye del carácter de entidad adjudicadora y, por lo tanto, de la sujeción a la misma, a las entidades a las cuales el derecho exclusivo o especial les ha sido adjudicado a partir de una licitación pública, de conformidad con la Directiva 2014/24/UE (o la antecedente la 2004/18/CE) de contratación pública de obras servicios o suministros, la Directiva 2014/25/UE de contratación en determinados sectores (o la antecedente 2004/17/CE), de la misma Directiva de concesiones o de la Directiva 2009/81/CE de contratos en materia de defensa y seguridad, o bien de conformidad con los procedimientos recogidos en el Anexo III en relación los sectores del gas natural, la electricidad, los hidrocarburos, el transporte de pasajeros, y los servicios postales, en aplicación del respectivo Reglamento o Directiva.

13. Es de suponer que, de no haber quedado excluido de la Directiva, también serían entidades adjudicadoras las prestadoras de servicios de agua.

Si el abastecimiento de agua potable y servicios vinculados de drenaje, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales no se hubiese excluido de la Directiva de concesiones, las entidades de dicho sector también tendrían la consideración de entidad adjudicadora o no, en función de si el derecho exclusivo o especial les hubiera sido atribuido o no previa licitación pública. Esta distinción sí que tiene trascendencia, en el sector del agua, en aplicación de la Directiva 2014/25/UE, deja fuera de la aplicación de la misma a las entidades a las cuales el derecho exclusivo o especial les ha sido atribuido previa licitación.

V. CONCESIONES ENTRE ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO Y CONTRATOS DE COOPERACIÓN INTERADMINISTRATIVA

Las reglas del *in house providing* o *pro domo*, entre entidades del sector público, en el artículo 17 de la Directiva de concesiones son las mismas que las del artículo 12 de la nueva Directiva 2014/24/UE de contratación pública. La principal diferencia con la regulación actual, recogida en el artículo 24.6 del TRLSCP es que además de la exención de los contratos entre un poder adjudicador con un *servicio técnico* o *medio propio*, se contemplan otros dos supuestos, amparados por la jurisprudencia del TJUE: cuando se trata de alguna forma de asociación con personalidad jurídica propia, constituida entre poderes adjudicadores –SSTJUE de 11 de mayo de 2006 (*Carbotermo Spa y Consorzio Alisei*, C-340/04), de 19 de abril de 2007 (*TRAGSA*, C-295/05), de 17 de julio de 2008 (*Mantova-ASI*, C-371/05) y de 13 de noviembre de 2008 (*Coditel Brabant*, C-324/07)–, y cuando la relación entre éstos no está institucionalizada, sino formalizada mediante convenio de cooperación.

1. IN HOUSE POR PARTE DE UN SOLO PODER ADJUDICADOR Y POR UNA ASOCIACIÓN DE PODERES ADJUDICADORES. LAS EMPRESAS MIXTAS COMO MEDIO PROPIO

Con respecto a los dos primeros supuestos, las reglas de los apartados 1, 2 y 3 de los artículos 17 y 12 de las Directivas aludidas, son las siguientes

- a) Control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios. Aquí la novedad es que se recoge el control colectivo que ejercen en común los poderes adjudicadores asociados, aunque individualmente considerados no ejerzan control sobre el medio propio.
- b) Que más del 80% de la actividad de la entidad controlada se lleve a cabo para el poder adjudicador que la controla. La alusión a la *actividad principal* del medio propio pasa a concretarse en el 80%.

Ahora bien, hay que advertir que, precisamente, el contrato con el medio propio tendrá por objeto alguna actividad distinta a esa actividad principal u 80%, puesto que para ejerzan estas actividades no es necesario un contrato o convenio adicional, porque ya las ejercen sin necesidad de encargo o encomienda alguna, habida cuenta de que forman parte del objeto social ordinario del medio propio, como modalidad de forma de gestión directa del poder adjudicador o de la asociación de poderes adjudicadores. En definitiva, que el objeto del contrato con el medio propio será una actividad no habitual del mismo, pero que cuyos recursos humanos, materiales, económicos y, sobre todo su *know how* le permiten prestar para con su poder adjudicador o asociación de poderes adjudicadores. En este sentido, el poder adjudicador podrá optar por la actividad en que el *in house* consista a un tercero, mediante el correspondiente contrato público, adjudicado previa licitación pública en aplicación de la correspondiente Directiva, o bien mediante un contrato convenio con su *medio propio* exento de la aplicación, exento de la aplicación de las Directivas de contratación pública o de concesiones. Así por ejemplo, un ayuntamiento que presta el servicio público de transporte urbano de viajeros, mediante una sociedad de capital 100% municipal, medio propio del ayuntamiento, puede optar entre licitar un estudio de movilidad, como contrato de servicios, o bien encargarlo a su *medio propio*; pero no habrá necesidad de formalizar contrato ni convenio alguno, sino sencillamente ejercer las funciones de superior dirección del servicio público del que es titular para ordenar que la empresa municipal de transporte establezca una nueva línea a una zona recién urbanizada o a ampliar las líneas existentes, frecuencias u horarios, con respecto a una determinada zona urbana preexistente.

- c) Que en la persona jurídica controlada no exista participación directa de capital privado. Aunque –y aquí está la principal novedad–, el apartado c) del artículo 17.3 de la Directiva de concesiones, así como el 12.3 de la Directiva de contratación pública, autorizan la presencia de capital privado, mayoritario o minoritario, siempre que no tenga capacidad de control y de conformidad con lo previsto en la legislación nacional. En definitiva, que las sociedades de economía mixta o contratos de colaboración público privada institucional sí que podrán tener la consideración de medios propios y servicios técnicos, a estos efectos.

Ahora bien, estos preceptos condicionan esta posibilidad a que estas, digamos que empresas mixtas, “*vengan impuestas por las disposiciones de la legislación nacional*”. Si entendemos esas empresas mixtas impuestas, en el sentido de *obligatorias*, difícilmente será de aplicación en nuestro ordenamiento, puesto que las diferentes modalidades y formas de gestión son de libre elección por cada Administración territorial en ejercicio de su potestad discrecional de auto-organización. Cuestión distinta es que una Ley sectorial impusiera la obligatoriedad de una determinada modalidad de gestión indirecta por medio de sociedad de economía mixta, como sucedió en Italia con respecto al servicio de abastecimiento de agua y otros servicios de carácter económico por la Ley que fue derogada por el resultado negativo del referéndum de 12 y 13 de junio de 2011.

2. *IN HOUSE* Y COOPERACIÓN INTERADMINISTRATIVA NO INSTITUCIONALIZADA

Pero más allá de la asociación institucionalizada, entre poderes adjudicadores –normalmente locales– los artículos 174 de la Directiva de concesiones y 12.4 de la de contratación pública de obras suministros y servicios también exime de su aplicación a los contratos de concesión entre dos o más poderes adjudicadores, siempre que el contrato se establezca en el marco de una **relación de cooperación con fines de interés público** y que los poderes o entidades adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20% de las actividades de que se trate. Esta exención de la Directiva tiene su antecedente en la citada Sentencia de 9 de junio de 2009 (C-480/06), sobre el convenio o contrato entre cuatro *Landkreise* o comarcas del Land de Baja Sajonia y el Land de Hamburgo (Ciudad-Estado), en virtud del cual el tratamiento de los residuos de estas comarcas se gestionaría en la planta de valorización térmica de Rugenberger Damm, de titularidad de Hamburgo, admite, pacíficamente, el convenio de cooperación como a forma de gestión en común no contraria a la legislación comunitaria sobre contratación pública. Efectivamente, en relación con esta forma de gestión en común, un convenio o contrato entre poderes adjudicadores, la Sentencia establece que:

“... en el caso de autos está acreditado que los cuatro Landkreise de que se trata no ejercen un control que pueda calificarse de análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, ya sea sobre la parte contratante, a saber, los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo, o sobre el titular de la instalación térmica de Rugenberger Damm, sociedad cuyo capital está constituido parcialmente por fondos privados.”

No obstante, procede señalar que el contrato controvertido establece una cooperación entre entidades locales que tiene como finalidad garantizar la realización de una misión de servicio público común a las mismas, a saber, la eliminación de residuos. Procede recordar que esta misión se deriva de la aplicación de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos, que obliga a los Estados miembros a establecer planes de gestión de residuos que incluyan, en particular, «las medidas apropiadas para fomentar la racionalización de la recogida, de la clasificación y del tratamiento de los residuos», siendo una de las medidas más importantes a la búsqueda de un tratamiento de residuos en una instalación lo más cercana posible, de conformidad con la Directiva 91/156/CEE del Consejo, de 18 de marzo de 1991, por la que se modifica el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 75/442/CEE.

Por otra parte, ha quedado acreditado que el contrato celebrado entre los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo y los Landkreise de que se trata debe analizarse como la culminación de una acción de cooperación intermunicipal entre las partes del mismo y que conlleva exigencias propias para garantizar al misión de eliminación de residuos. En efecto, tiene como finalidad permitir a la ciudad de Hamburgo construir y hacer explotar una instalación de tratamiento de residuos en las condiciones económicas más favorables posibles gracias a los aportes de residuos de los Landkreise vecinos, lo que permite alcanzar una capacidad de 320.000 toneladas [els landkreise n'aporten 120.000]. Por este motivo, la construcción de dicha instalación sólo se decidió y se realizó una vez que los cuatro Landkreise de que se trata acordaron utilizar la central y se comprometieron al respecto.

(...)

Dicho contrato se celebró exclusivamente entre autoridades públicas, sin la participación de ninguna parte privada, y no prevé ni prejuzga la eventual convocatoria de una licitación necesaria para la construcción y la explotación de la instalación de tratamiento de residuos.

Pues bien, el Tribunal de Justicia recuerda, en particular, que una autoridad pública puede realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y puede también hacerlo en colaboración con otras autoridades públicas (véase la sentencia Coditel Brabant...).

Y en frente a la alegación de la Comisión en relación a que, si las entidades públicas contratantes hubiesen creado un ente asociativo no habría

nada a objetar, pero que, sin un ente en común, el objeto del convenio o contrato habría de haber sido objeto de licitación, el TJUE opone que:

“... el Derecho comunitario no impone en modo alguno a las autoridades públicas el uso de una forma jurídica particular para garantizar sus misiones de servicio público conjuntamente. Por otro lado, tal colaboración entre autoridades públicas no cuestiona el objetivo principal de la normativa comunitaria sobre contratación pública, a saber, la libre circulación de servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros, siempre que la realización de dicha persecución de objetivos públicos se rija únicamente por consideraciones y exigencias características de los objetivos de interés público y se garantice el principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 02/50, de manera que ninguna empresa privada se sitúe en una situación privilegiada respecto de sus competidores (véase, en este sentido la sentencia Stadt Halle y RP Locahau, antes citada...).

Por otro lado, procede señalar que de ninguno de los elementos aportados ante el Tribunal de Justicia se desprende que, en el presente caso, las entidades de que se trata hayan orquestado un montaje destinado a eludir la normativa de contratación pública”.

En los artículos 174 y 12.4 de ambas Directivas, la participación de capital privado en la persona jurídica que realizará la actividad objeto del convenio de cooperación no está expresamente prohibido ni condicionado a ser impuesta por la legislación nacional. Además esta posibilidad no es objeto de controversia en la STJUE de 9 de junio de 2009 (C-480/06), que admite, pacíficamente, que *“... el titular de la instalación térmica de Rugenberger Damm”* sea una sociedad *“cuyo capital está constituido parcialmente por fondos privados”*.

VI. LA MODIFICACIÓN Y LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

Con el fin de que esta primera aproximación a la Directiva de concesiones no sea demasiado extensa, dejaremos para otra ocasión el análisis del procedimiento de adjudicación y la ejecución del contrato, incluida la subcontratación, para centrarnos en la modificación y la extinción de los contratos de concesión.

1. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

La propuesta de Directiva de concesiones aprobada por la Comisión, el 20 de diciembre de 2011, regulaba un régimen de concesiones extremada-

mente rígido, superando incluso el rigor de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público y, en particular, de su posterior modificación por la Ley 2/2011 de Economía Sostenible, que han dado lugar al vigente Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011. Pero ya en julio de 2013 una de los primeros cambios que se introdujeron en la negociación entre la Comisión, el Consejo y el Parlamento europeos fue la ampliación de los supuestos de modificación de los contratos de concesión, alcanzando un régimen de concesiones equivalente al *ius variandi* clásico de la normativa de concesiones y demás contratos de gestión de servicios públicos, vigente en España entre el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000 y su modificación por la Ley 13/2003 reguladora del contrato de concesión de obras públicas; es decir, hasta la entrada en vigor de la Ley 30/2007.

El régimen de modificación del contrato de concesión no es distinto del regulado para los contratos de obras, suministros y servicios, en el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE, lo cual pone de manifiesto la poca o más bien nula atención que la Directiva de concesiones a la especificidad de estos contratos, tanto por su larga duración como por los principios de continuidad y de mantenimiento del equilibrio económico.

De acuerdo con el artículo 43, la Directiva admite las siguientes modificaciones de los contratos de concesión:

- a) Las previstas en la documentación inicial, con independencia de su valor económico, siempre que estén contempladas en cláusulas claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones; con el límite de modificaciones u opciones que puedan alterar el carácter global de la concesión. Conforme al apartado d) estas modificaciones previstas en el pliego pueden comprender, incluso, la sustitución del concesionario original.
- b) Obras o servicios adicionales, no incluidos en el contrato original pero que resulten necesarios, no superiores al 50% del valor original, cuando el cambio de concesionario no sea factible por razones económicas o técnicas, genere inconvenientes significativos a un aumento sustancial de costes.
- c) Cuando la necesidad de modificación derive de circunstancias que no podían ser previstas por un poder o entidad adjudicadora diligentes, que no superen el 50% del valor original del contrato, ni alteren el carácter global del contrato.

- d) Cuando se produce la sucesión total o parcial del concesionario inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular, por absorción, fusión, adquisición o insolvencia por otro operador económico que cumpla los criterios de selección establecidos inicialmente. En realidad, más que de modificaciones, se trata de la cesión de contrato conforme al artículo 226 de nuestro TRLCSP y de la sucesión de la persona del contratista del artículo 85 del mismo TRLSCP.
- e) Con carácter general y con independencia de su importe, la Directiva también admite las modificaciones que no sean sustanciales.

Y, a los efectos de este último supuesto, el artículo 43.4 entiende por **sustanciales** las modificaciones en las que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Introduzcan condiciones que, de haber figurado en el procedimiento inicial habrían permitido la selección de solicitantes distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente, o habrían atraído a más participantes.
- b) Alteren el equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario en un modo que no estaba previsto en la concesión inicial.
- c) Amplíen considerablemente el ámbito de la concesión.
- d) Cuando el concesionario original tenga que ser sustituido por alguna causa no contemplada en la letra d) del artículo 43.1.

En estos supuestos, el artículo 43.5 prescribe la resolución del contrato y la convocatoria de una nueva licitación. Pero, lo relevante a efectos de la modificación es que las modificaciones que la Directiva considera como no sustanciales son perfectamente admisibles con independencia de los supuestos más o menos tasados del artículo 43.1.

Finalmente, en su artículo 43.2, la Directiva admite, en todo caso, las modificaciones que no superen, al mismo tiempo ni el umbral de los 5.186.000 €, ni el del 10% del valor inicial de la concesión, actualizado con la cláusula de indexación del contrato o, si no se contempla, actualizado en función de la inflación media en el Estado miembro.

La verdad es que las modificaciones del apartado 1 e) en relación con el apartado 4, tenían sentido cuando, en la propuesta de la Comisión, los motivos de modificación admisible del apartado 1 eran extraordinariamente

te rígidos. Pero con la flexibilidad de las modificaciones de los apartados 1 y 2, las no sustanciales genéricas, por contraposición con las sustanciales y resolutorias no parecen tener mucho sentido.

El artículo 43 no se pronuncia, expresamente, sobre las modificaciones que tengan por objeto la reducción o la ampliación del plazo del contrato de concesión. Como hemos visto, la duración de las concesiones y sus posibles prórrogas ha de figurar en la documentación o pliego inicial y, en todo caso, en el contrato resultante de la oferta que resulte adjudicataria. Pero en la medida que no está expresamente prohibida, la ampliación del plazo de la concesión debe entenderse admitida cuando venga impuesta por el mismo motivo que justifique la modificación.

2. LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

El artículo 44 de la Directiva, además de la extinción por el transcurso del plazo, establece que los contratos de concesión pueden ser objeto de extinción anticipada por otras tres causas: modificación que implique una nueva adjudicación, mediante la correspondiente licitación, incursión del concesionario en situación de condena firme por motivos que habrían comportado su exclusión inicial, sentencia del TJUE que declare que un Estado miembro ha incumplido sus obligaciones debido a que un poder o entidad adjudicadora ha adjudicado una concesión en contra de los Tratados o la Directiva de concesiones.

Como se puede observar, la relación de supuestos de resolución anticipada no es ni mucho menos completa, sobre todo si la comparamos con el contenido de los artículos 223 a 225 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, sobre la resolución en general, y de los artículos 286 a 288 del mismo Texto Refundido, sobre la resolución de las concesiones y demás contratos de gestión de servicios públicos.

VII. SOBRE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE CONCESIONES

Como hemos dicho, tanto la Directiva 2014/23/UE sobre concesiones, como las Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE han de ser objeto de transposición por parte de los Estados miembros de la UE, a más tardar, el 18 de abril de 2016. Parece que la opción del Gobierno consiste en elevar al Congreso de los Diputados un Proyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público, que transponga la Directiva de contratación pública general y la Directiva de concesiones y otro Proyecto de Ley que sustituya la actual

Ley 31/72007, de 30 de octubre, en transposición de la Directiva 2014/25/UE de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Por lo que se refiere a la Directiva de concesiones su transposición vendría a sustituir los capítulos II y III, Libro IV Título II, del vigente TRLCSP, sobre la concesión de obras públicas y los contratos de gestión de servicios públicos. Asimismo, la transposición también debería sustituir las actuales definiciones de los actuales artículos 7 y 8, así como las actuaciones preparatorias de los artículos 112 a 120 y otros preceptos dispersos en el vigente TRLCSP. Junto a la concesión de servicios de la Directiva habría que regular la sociedad de economía mixta como contrato de colaboración público-privada institucional. La gestión interesada desaparecería quedando subsumida en la concesión de servicios. Y el concierto podría remitirse a la legislación sectorial, mayormente autonómica, que utiliza esta modalidad de gestión de servicios públicos en materia de sanidad, educación y servicios sociales; aunque alguna regulación general debería quedar para su aplicación genérica a las entidades locales. Asimismo, debería adaptarse el contrato de servicios para la gestión de servicios públicos cuyo grado de riesgo operacional y de exposición a las incertidumbres del mercado no hiciera posible su gestión mediante la nueva concesión de servicios.

Pero habría también otra alternativa. Se trataría de mantener la actual regulación de la concesión de obras públicas, así como la de servicios públicos, de gestión interesada y de concierto y de sociedad de economía mixta o contrato de colaboración público-privado institucional, como modalidades del contrato de gestión de obras y de servicios públicos, que no pueden satisfacer el grado de riesgo operacional y de exposición a las incertidumbres del mercado que requiere la Directiva. En virtud de estos contratos se otorgarían *derechos exclusivos* o, en su caso, *especiales*, eso sí, previa licitación pública, pero no sujetos a la Directiva. Y se podrían regular unos nuevos contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, para los que sí se exigiría la plena satisfacción del grado de riesgo operacional y de exposición a las incertidumbres del mercado que exige la Directiva 2014/23/UE.

El contrato de concesión de obra pública como instrumento de colaboración privada en el desarrollo de infraestructuras: el desastre económico de las autopistas

FRANCISCO PUERTA SEGUIDO*

SUMARIO: I. LA COLABORACIÓN PRIVADA EN EL DESARROLLO DE LAS INFRAESTRUCTURAS VIARIAS. UNA NECESIDAD IMPUESTA POR UN ESCENARIO DE CRISIS. II. EL FRACASO, ¿INSUPERABLE?, EN LA EXPLOTACIÓN DE LAS CONCESIONES DE AUTOPISTAS. III. EL INTENTO DESESPERADO DE MANTENER EL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN. IV. LA INSUFICIENCIA DE LAS MEDIDAS DE REEQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN. CRÓNICA DE UNA INSOLVENCIA EMPRESARIAL ANUNCIADA Y SU INCIDENCIA EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. V. “POR SI FUERA POCO”, LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LA ADMINISTRACIÓN EXPROPIANTE ANTE EL IMPAGO DE LOS JUSTIPRECIOS EXPROPIATORIOS POR LAS CONCESIONARIAS BENEFICIARIAS DE LAS EXPROPIACIONES. VI. A MODO DE CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA COLABORACIÓN PRIVADA EN EL DESARROLLO DE LAS INFRAESTRUCTURAS VIARIAS. UNA NECESIDAD IMPUESTA POR UN ESCENARIO DE CRISIS

Suele haber un alto grado de coincidencia a la hora de asociar el desarrollo económico de un país a la cantidad y calidad de sus

* Profesor Doctor UCLM, área de derecho administrativo de la Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales de Toledo. Presidente del Jurado Regional de Valoraciones de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

infraestructuras viarias. Como señaló el Consejo de Estado¹ las obras públicas constituyen un instrumento clave en la conformación de la realidad social y económica. Su construcción y financiación son cuestiones íntimamente ligadas entre sí y tiene una trascendental importancia para el desarrollo de las sociedades.

No cabe duda de que las infraestructuras de transporte de personas y bienes se han convertido en un elemento estratégico para alcanzar la denominada cohesión económica y social y ha sido utilizado por los diferentes Gobiernos, central, autonómicos y locales, como un instrumento necesario para superar situaciones de atraso económico y desigualdad en el desarrollo regional. Como señala MAGÁN PERALES², ello explica la constante solicitud de recursos por parte de las Comunidades Autónomas al Estado, y de éste a la Unión Europea³, para resolver el problema del atraso endémico de las infraestructuras de transporte españolas.

1. Véase el Dictamen nº 3375/200 aprobado por el Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 5 de diciembre de 2001, sobre el Anteproyecto de Ley Reguladora de la Concesión de Obras Públicas.
2. MAGÁN PERALES, J. M. A., "La construcción de infraestructuras varias en España: carreteras, autopistas y sus planes, en la obra colectiva *El contrato de concesión de obras públicas en la ley de contratos del sector público*, dir. Francisco Puerta Seguido, edit. La Ley, Madrid 2009, p. 256.
3. Conviene recordar aquí que el Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992, adoptado en Maastricht, dedicó una sección especial (título XII) a las Redes Transeuropeas (RTE) en las que se incluyen las de transporte, energía y telecomunicaciones. Según el artículo 129 B del Tratado, las Redes Transeuropeas contribuirían a la cohesión económica y social y al establecimiento del mercado interior. El Tratado reconoció a la Unión la facultad de actuar en el área de las Redes Transeuropeas a través de: a) la elaboración de orientaciones específicas que permitan la consecución de los objetivos, prioridades y líneas de actuación previstas en el ámbito de las Redes Transeuropeas, identificando proyectos de interés común; b) la adopción de las medidas necesarias para armonizar las normas técnicas y garantizar la interoperabilidad de las redes; y c) el apoyo a los esfuerzos financieros de los Estados miembros para proyectos de interés común, mediante la contribución comunitaria para financiar tales proyectos. Adicionalmente, a estas formas de contribución financiera, la Comunidad proporciona importantes ayudas procedentes del Fondo de Cohesión a los Estados miembros menos desarrollados y de los Fondos Estructurales (en particular para determinadas regiones menos favorecidas), con subvenciones de hasta el 85 por ciento del coste de la inversión. A ellas habría que añadir otras posibles técnicas de intervención comunitaria, que pudieran asimismo utilizarse para financiar los proyectos anteriormente identificados, como son los préstamos del Banco Europeo de Inversiones (que a raíz del Consejo Europeo de Edimburgo de diciembre de 1992 aumentó su tasa de participación en los proyectos de interés común) y las garantías del Fondo Europeo de Inversiones (cuya creación promovió el citado Consejo Europeo de Edimburgo) que permiten afianzar los préstamos destinados a la financiación de proyectos y contribuir a la eficaz promoción de estos últimos.

En el año 2.000 el Gobierno español puso en marcha un ambicioso programa de inversiones⁴ en infraestructuras públicas integradas en el llamado Plan de modernización de las infraestructuras de transporte 2000-2007. Este Plan contemplaba importantes obras, con una previsión temporal de ejecución hasta el año 2010, en materia de autopistas, autovías, ferrocarriles, puertos, aeropuertos y otras actuaciones, y vino acompañado de planes regionales⁵ que dieron continuidad a esa pretensión de modernización de las grandes infraestructuras de nuestro país.

Los mencionados Planes de modernización, estatal y autonómicos, requerían la movilización de los recursos públicos disponibles y afectos a estas finalidades, incluidos los fondos europeos de la Agenda 2000, y demandaban, además, una imprescindible participación de la iniciativa privada⁶ en la financiación de las infraestructuras públicas. Participación privada que contribuiría a mantener el objetivo de nuestro país de convergencia económica⁷ según los compromisos asumidos en el marco europeo.

Ese ánimo de implicar decididamente a la iniciativa privada en la financiación de tan ingente volumen de infraestructuras demandaba un marco jurídico estable y eficiente. La regulación entonces vigente del contrato de concesión de obra pública había quedado obsoleta y se encontraba dispersa en normas sectoriales de difícil sistematización. En ese contexto

4. Entonces, año 2.000, se cifró esa inversión en 103.000 Millones de Euros, y se justificó en la necesidad de eliminar el déficit de infraestructuras existente en nuestro país y en la necesidad de lograr la plena convergencia en riqueza y empleo con nuestros socios europeos.
5. En el caso de Castilla-La Mancha, se elaboró un primer Plan Regional de Carreteras (1988-1995), aprobado en mayo de 1988 que proyectó realizar las actuaciones necesarias para acondicionar 5.735 Km, con una modesta inversión de 118.672 millones de pesetas.
El II Plan Regional de Carreteras (1998-2008) contempló una inversión de 1352,28 millones de euros, y planteó por primera vez la construcción de autovías autonómicas, siendo el emblema de esta actuación la Autovía que une Albacete con Toledo por Tomelloso, bautizada con el nombre de "Autovía de los Viñedos", o la autovía Guadalajara-Tarancón, llamada a ser una especie de "M-60" que evitaría el paso por Madrid.
6. Esa participación privada habría de suponer la aportación del 20% de los recursos totales del Plan de Modernización de Infraestructuras.
7. Recuérdese que a resultas del Tratado de la Unión Europea (Maastricht), se adoptaron, bajo la formulación de criterios de convergencia económica, una serie de compromisos, erigidos por el Tratado en condiciones previas para la integración en el Sistema Monetario Europeo, y entre los que merece citar, a los efectos ahora considerados, la prohibición de que el déficit público supere la cifra del 3 por ciento del Producto Interior Bruto, o que la deuda pública rebase el 60 por ciento del mismo, y, en fin, que la inflación supere 1,5 puntos por encima de la media de los cuatro o cinco países con menor inflación.

el hito normativo más destacable que habría de articular el desarrollo de estos planes de ejecución de grandes infraestructuras viarias se encontraba en una ley franquista, La Ley 8/1972, de 10 de mayo, todavía vigente, que regula el proceso de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión. Ley que venía precedida por la creación, mediante Orden de 20 de noviembre de 1965, de la Comisión Promotora de Autopistas con la finalidad de otorgar licencias de construcción y explotación de autopistas a entidades privadas y en régimen de concesión administrativa⁸.

En su reunión del día 7 de junio del año 2002 el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas y dejó expedito el camino para su tramitación parlamentaria. La ley 13/2003, de 23 de mayo, siguiendo el criterio del Consejo de Estado, introdujo un nuevo Título V en el Libro II del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y reguló el contrato típico de concesión de obras públicas.

La necesidad de acomodar nuestro ordenamiento jurídico en esta materia a la normativa comunitaria impulsó las todavía recientes reformas en materia contractual llevadas a cabo con la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público y sus modificaciones posteriores, hoy recopiladas en el texto refundido aprobado con el Real Decreto Legislativo 3/2011. Con todo, la tarea de acomodación legal de un fenómeno, el de la colaboración público-privada, no puede darse por terminada y demanda una actividad normativa más intensa que contribuya a clarificar el régimen jurídico de contratos, técnicas e instrumentos contractuales que se utilizan casi indistintamente, mezclando reglas de unos y otros, esta tacha es especialmente gravosa a la hora de distinguir el contrato de concesión de obras públicas del contrato de colaboración público-privado por la similitud, sustancial, del objeto y causa de estos contratos⁹. Como señala

8. La primera concesión administrativa fue otorgada a la empresa ACESA en 1967 con la finalidad de construir y explotar, hasta el año 2004, la autopista Barcelona-Mataró. En 1968 se le otorgó de nuevo a ACESA la autopista Barcelona-Tarragona, hasta el año 2005. En junio de 1969 se inauguró la primera autopista de peaje en España, que unió Barcelona con Mataró, y en 1971 la autopista Bilbao-Behobia, desde Vizcaya hasta la frontera con Francia, la concesión de esta autopista se otorgó a Europistas. Un estudio detallado de estas primeras concesiones puede verse en GRACIA, J. A., "Aproximación al estudio de la autopista Bilbao-Behobia (1971-1979)", *Revista Letras de Deusto*, vol. 13, núm. 27, 1983, pp. 187-194.
9. Esa posible confusión del objeto y la causa de los contratos de concesión de obras públicas, con las propias de las concesiones de servicios y contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, es lo que justifica abordar la de-

RIDAO I MARTÍN¹⁰ falta un régimen jurídico específico aplicable al denominado CCPP y, ante la insuficiencia del artículo 11 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), no podemos decir que estemos ante un verdadero nuevo contrato sino, más bien, ante una especie de estructura de alojamiento de los distintos contratos típicos reconocidos en la legislación de contratación pública (obras, concesión de obras, gestión de servicios públicos, suministro y servicios). Prueba de ello es que se rige por las normas generales comunes a todos los contratos y por las especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal. Esta indefinición jurídica de las modalidades contractuales que articulan la CPP ha llevado a parte de la doctrina a la promoción de una solución clarificadora que apuesta por la distinción de dos grandes modalidades de contratos, el contrato de concesión para situaciones en las que haya pago directo al concesionario por parte de los usuarios privados, y el de contrato de colaboración público-privada para aquellas situaciones en que los ingresos que recibe el contratista provengan esencialmente del sector público y no del usuario de la infraestructura. En el primer tipo, el sector privado soportaría los riesgos de construcción y de demanda y, en el segundo, los riesgos de construcción y de disponibilidad. Esta nueva configuración jurídica daría cobertura a una buena parte de los requerimientos del sector de empresas contratistas y sería coherente con la trayectoria de la práctica de la Administración Estatal¹¹. Esta distinción se encuentra en la segunda parte del “Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones”, aprobado por la Comisión el 30 de abril de 2004. En este documento, de obligada consulta para tratar este tema, se distingue entre estas dos fórmulas contractuales, de manera que el “modelo de concesión” se caracteriza por el vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final, el socio privado presta un servicio a la población en lugar del socio público, pero bajo su control, y “otro tipo de organización”, en el que la tarea del socio privado consiste en realizar y gestionar una infraestructura para la administración pública (por ejemplo, un colegio, un hospital, un centro pe-

puración conceptual de todas estas figuras y la determinación de los elementos singulares que sirven para diferenciar unas figuras de otros. Véase la opinión de BERNAL BLAY, M. Á., en *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas para concesionales*, Madrid: Civitas, 2011, pp. 161-171.

10. RIDAO I MARTÍN, J., “La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras de servicio público. Revisión crítica y alternativas al actual marco regulador”. *Revista catalana de dret públic*. Núm. 45, 2012, p. 197.
11. REBOLLO FUENTE, Andrés, “El nuevo marco práctico y legal para el desarrollo de las infraestructuras mediante asociaciones público-privadas y medidas de intervención financiera”, *Revista Infra-estructura*, Deloitte, julio, 2010, pp. 1-26.

nitencionario o una infraestructura de transporte) y donde la remuneración del socio privado no adopta la forma de cánones abonados por los usuarios de la obra o el servicio, sino de pagos periódicos realizados por el socio público.

La reforma legal fue aprovechada para regular la complejidad económica y social que entraña la tarea de desarrollar las grandes infraestructuras públicas integrando lo jurídico, lo técnico y lo económico en un instrumento único capaz de proporcionar credibilidad, eficiencia y seguridad jurídica a fórmulas de colaboración que se basan en una destacada participación de la financiación privada. Esa necesaria colaboración privada contaba además con los avales de la propia Organización para la Cooperación y el Desarrollo de Europa (O.C.D.E.), que en su Informe “Urban Infrastructure: Finance and Management”¹² (1991) había reconocido que “las inversiones públicas en materia de infraestructuras eran un sustituto directo de la inversión privada” y constituían “una opción generalizada en la medida en que los instrumentos de gestión y financiación privadas son minusvalorados, malinterpretados o, sencillamente, desconocidos” y de la Comisión de las Comunidades Europeas que, en su Informe “Réseaux Transeuropeé” (1993), declaró que “los mecanismos de financiación extrapresupuestaria estaban llamados a cumplir, a buen seguro, una función adicional y complementaria respecto a los sistemas tradicionales de financiación pública, exclusiva y directa”.

Se sumó, con ello, nuestro ordenamiento a la tendencia actual centrada en la prestación indirecta de servicios, reforzando el papel del sector privado en la realización de actividades tradicionalmente reservadas al sector público, y a la paralela reducción del papel del Estado y las Administraciones Públicas, orientado esencialmente al control de dicha prestación. Mediante las concesiones, por tanto, el Estado otorga una actividad propia de su ámbito a una empresa privada

12. En este informe la OCDE describe las posibles fórmulas de participación privada en la construcción y gestión de infraestructuras públicas, bien sea acudiendo a fórmulas mixtas, como son la constitución de entidades de participación conjunta o mixta (pública-privada) –“joint public-private organizations”– ensayadas en el derecho francés y en países de influencia anglosajona; o las empresas privadas de participación pública –joint ventures– de innegable cuño anglosajón (utilizadas en el Reino Unido para la construcción y financiación de infraestructuras ferroviarias), en las que la aportación pública habitualmente se produce mediante aportaciones en especie, o bien mediante instrumentos que procuren la captación de la participación privada a través de técnicas diversas, en las que podría recurrirse a fórmulas variadas de financiación, como la captación de recursos en el mercado de capitales, las denominadas “contribuciones negociadas” (negotiated contributions) o la emisión de títulos o bonos.

(denominada por ello sociedad concesionaria), que se encarga de gestionar esa actividad bajo tutela administrativa, con todas las consecuencias que, a la postre, pudieran derivarse de la misma, algunas de las cuales serán abordadas en el desarrollo de este estudio.

Esta tendencia se justifica, además, por la escasez de recursos financieros públicos con origen en la política de restricciones presupuestarias asumidas en nuestro país con ánimo de reducir el déficit público. Esta práctica está mucho más acentuada en los países¹³ de nuestro entorno comunitario y ha merecido una valoración positiva por parte de las Instituciones Europeas. Conviene recordar aquí que la Comisión Europea publicó un Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, publicación que diferencia la colaboración tradicional mediante la contratación pública y la colaboración institucionalizada a través de la constitución de personas jurídicas independientes que aúnan esfuerzos públicos y privados en el desarrollo de las infraestructuras.

Como bien señala el Dictamen¹⁴ del Consejo de Estado nº 3375/2001, emitido, con carácter urgente, en el expediente relativo al Anteproyecto de Ley reguladora de la Concesión de Obras Públicas, han sido las necesidades de la Administración en orden a la dotación de infraestructuras y los condicionamientos de orden macroeconómico los que han propiciado una reconsideración de las fórmulas de gestión y financiación de las obras públicas. A nadie le cabe duda alguna de la importancia que hoy tienen

13. GONZÁLEZ GARCÍA señala que el origen de las fórmulas de colaboración público-privada se encuentra en el Derecho anglosajón, como respuesta jurídica al programa de reformas que inició el Gobierno conservador de John Major en 1992 y en un contexto de crisis similar al que atraviesa nuestro país. El Gobierno británico lo configuró como un instrumento dentro programa de reformas administrativas del cual el Public Private Partnership constituía una mera técnica dentro de un contexto más amplio, que se encuadró bajo el rótulo de PFI (Private Finance Initiative). Su recepción en el Derecho comunitario europeo a través de dos documentos de la Comisión europea, concretamente los que llevaron el nombre de dos comisarios: el Informe Kinnock –que recordemos que fue candidato del Partido laborista a la Presidencia del Gobierno británico– y el Informe van Miert. En las conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Lisboa de marzo de 2000 se reafirma el papel que van a tener en el comienzo del siglo xxi los CPP y en el año 2004 se aprueba por parte de la Comisión europea del *Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, que vio la luz el 30 de abril de 2004. Véase el trabajo de GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *Colaboración público privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, Marcial Pons, Madrid 2010.

14. Véase nota nº 1 de este trabajo.

las fórmulas de colaboración público-privada para el desarrollo de infraestructuras y para la prestación de los servicios públicos necesarios en una sociedad desarrollada, la denominada PPP (Public-Private Partnership), en sus diversas modalidades¹⁵, es el instrumento elegido por los Gobiernos y las Administraciones Públicas para el diseño del proyecto, la construcción y explotación de infraestructuras de todo orden¹⁶.

Como se ha puesto de manifiesto las bondades de la fórmula CPP o PPP no sólo residen en la posibilidad de construir y explotar las infraestructuras minimizando el gasto público, la buena relación calidad-precio, su efecto sobre la contabilidad pública¹⁷ y la inexistencia de impacto en la

15. DÍAZ PÉREZ sistematiza esas modalidades de colaboración en las siguientes: Contrato de concesión de obra pública, Acuerdos de concesión de servicios, Asociación público-privada, Private Finance Initiative (PFI) y Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. DÍAZ PÉREZ, J., "Retos de la colaboración público-privada para el desarrollo de infraestructuras públicas (PPP)", en *Boletín Económico de ICE* n° 3012, del 1 al 30 de junio de 2011, p. 17 y 18.
16. DÍAZ PÉREZ utiliza la siguiente tipología para clasificar esas infraestructuras: Infraestructuras de transporte –carreteras, túneles, puentes, ferrocarriles, puertos, aeropuertos–, infraestructuras sociales –hospitales, colegios, juzgados, prisiones, bibliotecas, centros deportivos, proyectos de regeneración urbanística, etc.– e infraestructuras medioambientales –tratamiento de agua potable, aguas residuales, residuos–. No incluye en la clasificación a las infraestructuras de energías renovables porque se trata de un sector con una regulación compleja y muy específica y no suelen quedar englobados en la de PPP. Véase DÍAZ PÉREZ, J., ob. cit. ..., p. 15.
17. Para la Oficina Estadística de la Comisión Europea (Eurostat) estas operaciones de CPP no tienen impacto negativo sobre el déficit público. Desde la firma del Pacto de Estabilidad y Crecimiento uno de los elementos más relevantes para la política de infraestructuras ha sido precisamente el del cumplimiento de los niveles de déficit público y la mejora de la red de infraestructuras de transporte, por su alto coste en muchos casos, ha sido posiblemente el ámbito en el que más ha influido la utilización de modalidades de construcción que han tenido en cuenta el impacto sobre el déficit público. Debe tenerse en cuenta que tras la entrada en vigor de las nuevas normas contables del sector público, el SEC-95, Eurostat ha previsto el tratamiento de las sociedades mandatarias en la contabilidad nacional. El SEC-95 distingue entre Administraciones Públicas y empresas con arreglo a un estricto criterio de mercado: si un operador económico orienta su producción a éste, es decir, los vende, debe integrarse en el sector empresas, con independencia de su titularidad pública o privada. A su vez, para precisar si la unidad económica orienta o no su producción al mercado se acude a un criterio objetivo, como es que sus ingresos por ventas cubran, al menos, el 50 por 100 de los totales de explotación. Pues bien, al considerarse que los pagos de la Administración no tienen la consideración de ventas, las sociedades que ahora nos ocupan no alcanzan dicho porcentaje y, por tanto, deben considerarse como Administración Pública. Por ello mismo, endeudamiento computa como deuda pública. Véase ANA JUAN LOZANO, M. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos. Una aproximación*.

deuda pública, constituyen razones poderosas que han impulsado decididamente esa colaboración público-privada.

II. EL FRACASO, ¿INSUPERABLE?, EN LA EXPLOTACIÓN DE LAS CONCESIONES DE AUTOPISTAS

Probablemente no resulte exagerado hablar de fracaso del modelo PPP cuando, ahora, hacemos balance de los resultados obtenidos en su explotación en la última década y analizamos la actual situación de las autopistas desarrolladas con esta fórmula. No es menos cierto que la fórmula concesional ha permitido desde los años 60 la construcción y explotación de importantes vías de transporte de personas y mercancías que han sido uno de los mejores exponentes de desarrollo y modernidad que hemos utilizado como carta de presentación¹⁸ en Europa, y en todo el mundo. Sin embargo nuestras previsiones se hicieron en un escenario de crecimiento sostenido y de confianza económica que poco tiene que ver con la profunda crisis que estamos atravesando en esta última década.

La falta de rentabilidad de las concesiones de autopistas encuentra su explicación no sólo en la delicada situación económica a la que nos hemos referido, y que sin duda ha generado notables diferencias entre la intensidad media diaria de los tráficos previstos y los que realmente se han producido, sino también en otros factores que han influido, considerablemente, en la generación de la actual situación, la carga, también gravosa, que han representado los justiprecios expropiatorios, muy por encima de los costes calculados por este concepto, las modificaciones afrontadas en la ejecución de las obras civiles proyectadas y, en no menor medida, la calidad de las carreteras rápidas y gratuitas que ofrece nuestra red viaria, en algunos casos en paralelo al trazado de las autopistas de peaje, han dado la puntilla a un modelo cuyo fracaso generará importantes consecuencias, algunas de las cuales se apuntan en este trabajo a modo de pronóstico. A nadie se le oculta que, actualmente, la fórmula que ha servido para ejecutar y explotar las más importantes infraestructuras de nuestro país atraviesa

ción desde los principios jurídico-financieros, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2006.

18. Baste con recordar la actividad intensísima desarrollada entre mediados de los años 1996-2000, periodo en el que se licitan las autopistas Alicante-Cartagena, Ávila-Segovia, Estepona-Guadiaro, León-Astorga, Santiago-Alto de Santo Domingo y Radiales de Madrid (2, 3, 4 y 5). Entre 1996 y 2004 el Ministerio de Fomento desarrolló un Plan de Autopistas de Peaje que supuso casi 1.000 kilómetros adicionales de autopistas y en 2004 se licitaron las autopistas Madrid-Toledo, Ocaña-La Roda, Cartagena-Vera, Circunvalación de Alicante y Málaga-Las Pedrizas.

hoy “un desierto” marcado por la crisis de liquidez de los colaboradores y por las dificultades que, también, padece el sector financiero y que han encarecido la financiación de esas infraestructuras haciendo inviables proyectos que no pasan de ser meras ofertas sin posible realización. No debemos olvidar en este diagnóstico panorámico que algún peso debemos atribuir a las decisiones políticas, y las técnicas que las sustentaron, que no pasarán a la historia por ser un buen ejemplo en el cálculo de los riesgos que generan estos grandes proyectos.

Hemos de recordar que no es la primera vez que el sector atraviesa dificultades y se han de adoptar medidas extraordinarias por parte del Estado para dar continuidad a la explotación de estas infraestructuras. La crisis del petróleo y la caída de la intensidad de uso de las autopistas, junto a la ficción generada por la inflación de los datos que se manejaban en los estudios, provocaron la aprobación de los Reales Decretos Leyes 6/1983, de 23 de noviembre y 5/1984, de 9 de mayo, con la finalidad de adquirir la totalidad de las acciones de las sociedades concesionarias Autopista Astur-Leonesa y Autopista del Atlántico y del 50 por ciento de las de la sociedad concesionaria Autopista de Navarra, reestructurar su endeudamiento y el de las garantías, crear, por Real Decreto 302/1984, la Empresa Nacional de Autopistas, a la que se transfirieron las acciones de las sociedades concesionarias titularidad del Estado por su valor actual y, por último, constituir el Fondo de Financiación Exterior de Autopistas de Peaje, mediante Real Decreto 104/1984, con el propósito de sustituir el endeudamiento directo en el exterior de las sociedades concesionarias participadas por la Empresa Nacional de Autopistas por deuda del Estado emitida en divisas. Igualmente, se procedió a autorizar la reagrupación de algunos de los tramos objeto de las distintas concesiones reestructurando, con ello, los endeudamientos y garantías asociados a los mismos. Asimismo el Ministerio de Fomento puso en marcha una política de ampliación y de mejora de las obras de algunos tramos de autopistas que exigieron la modificación de los contratos originarios y la adopción, mediante Reales Decretos que aprobaron modificaciones de las concesiones, de medidas de rebaja de las tarifas aplicables y, para el restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato, la prórroga del plazo de vigencia de la concesión¹⁹.

La crisis económica, que ha sacudido con especial virulencia a este sector, ha generado, además, desde la posición de los usuarios, un impor-

19. VEGA LABELLA, J. I. (Coordinador), *Régimen jurídico de la construcción y explotación de obras públicas*, Edita DAPP Publicaciones Jurídicas, S.L. Pamplona 2012, p. 310.

tante frente social²⁰ que, en aquellos casos en los que resulta imposible prescindir del uso de las autopistas, fomenta el impago de los peajes y que ha motivado, incluso, la reforma de los arts. 14 y 29 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de las autopistas en régimen de concesión, para facilitar la sanción de esos impagos como infracción administrativa tipificada en la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, Texto Articulado aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo. A ese efecto se atribuye a los empleados del concesionario la condición, temporal, de autoridad con la finalidad de asociar a sus denuncias la presunción de veracidad que, *ope legis*, corresponde sólo a los agentes de la autoridad y se autoriza la utilización, para acreditar esas infracciones, de cualquier sistema o medio técnico, mecánico o de reproducción de imagen que, homologado previamente por la Administración, identifique a los vehículos, constituyendo medio de prueba suficiente en la denuncia que formule el personal de la empresa concesionaria y en el procedimiento sancionador correspondiente.

La necesidad de superar las secuelas de esta situación está ofreciendo un abanico de posibilidades y situaciones que, en un escenario muy complejo, constituyen un último intento de evitar lo que parece el camino natural, y muy gravoso, de este fracaso en la explotación de las autopistas, la resolución de los contratos de concesión.

Planteamos a continuación algunas de esas posibilidades.

III. EL INTENTO DESESPERADO DE MANTENER EL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

La vieja Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, reafirmó el clásico principio de riesgo y ventura²¹ en las operaciones de construcción y explo-

20. Véase la iniciativa ciudadana denominada no vull pagar (www.novullpagar.cat). La plataforma catalana propugna el impago de los peajes y despliega una intensísima actividad de información y reivindicación frente a los concesionarios y administraciones concedentes.

21. Por la finalidad del trabajo nos limitamos a exponer con brevedad el significado del principio y su incidencia en la materia que nos ocupa, recomendamos para profundizar en su análisis la lectura de varios trabajos, entre otros, GIMENO FELIÚ, J. M., "Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública", *Revista Española de Derecho Administrativo* 159, julio-septiembre 2013 pp. 39 a 105; J. PUNZÓN MORALEDA y F. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, "El equilibrio económico en los contratos públicos", en el *Observatorio de contratos públicos 2011*, obra colectiva, Cizur Menor, 2012, pp.

tación de estas infraestructuras, bien es verdad que lo hizo con una parca referencia al mismo en su exposición de motivos y so pretexto de la presentación que en la misma se lleva cabo de las potestades de la Administración y los derechos y obligaciones del concesionario, regulados en los capítulos VI y VII de ese cuerpo legal. Sin necesidad de remontarnos al derecho contractual histórico, basta con recordar aquí que la raíz de la actual regulación de la fórmula concesional en el ámbito de las obras, la Ley 13/2003, Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública, también incorporó el principio del riesgo de construcción y explotación como un elemento destacado e irrenunciable en la fórmula concesional, la anterior LCSP, ley 30/2007, y la actual, RDL 3/2011²², lo recogen con carácter general²³ como un principio rector de la ejecución de los contratos y lo incorporan como un elemento estructural²⁴ en el propio concepto de este contrato típico. Este principio desplaza hacia la esfera de los derechos y obligaciones del contratista los riesgos asociados a la ejecución de los citados contratos, en la medida en que exige que el contratista sea responsable directo del desarrollo de las prestaciones comprendidas en el objeto del contrato, beneficiándose del lucro asociado al mismo (ventura) pero asumiendo todas las responsabilidades inherentes a su posición contractual (riesgo)²⁵. El nuevo Derecho Europeo sigue, como no podía ser de otra manera, poniendo su acento en el denominado “riesgo operacional” como elemento esencial²⁶ del contrato

515 y ss.; LAZO VITORIA, X., “Contratos de concesión de obras y de servicios: las líneas fundamentales de la propuesta de nueva directiva comunitaria”, *Práctica Contratación Administrativa* n.º 129, año 14, enero-febrero de 2014, La Ley, Madrid 2014, pp. 44 y ss.; BERNAL BLAY, M. A., *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas paraconcesionales*, Civitas, Cizur Menor, 2011; J. AMENÓS ÁLAMO y J. E. NIETO MORENO, “La languideciente vida del principio de equilibrio económico frente a riesgos imprevisibles en la contratación pública”, *REDA*, núm. 156, pp. 119 y ss.; el trabajo de M. FUERTES “Los riesgos del riesgo de explotación”, en obra colectiva *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 197-239.

22. El art. 7.2. de la vigente LCSP señala que “El contrato, que se ejecutará en todo caso a riesgo y ventura del contratista...”.
23. El artículo 215 de la vigente LCSP señala que “La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 231, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado”.
24. Véase el art. 7.2 de la LCSP.
25. VEGA LABELLA, J. I. (Coordinador), *Régimen jurídico de la construcción y explotación de obras públicas*, Edita DAPP Publicaciones Jurídicas, S.L. Pamplona 2012, p. 331.
26. Como establece el considerando n.º 19 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, “Cuando la reglamentación específica del sector elimina

de concesión de obra pública, así el considerando nº 18, y el art. 5.1.b), in fine, señalan que “la característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras (o los servicios), implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras (o los servicios) adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador. La reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato”²⁷.

No menos arraigados en nuestro Derecho de la contratación pública, y a modo de antídoto frente a las consecuencias ilimitadas que pudiera provocar el principio de riesgo y ventura, se encuentran los instrumentos o las técnicas que garantizan el denominado principio de equilibrio económico de la concesión, bien sea considerando los mismos entre las prerrogativas y derechos de la Administración²⁸ o como un derecho del concesionario²⁹ al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, en la forma y con la extensión prevista en la LCSP. El carácter esencial del principio se pone de manifiesto en la exposición de motivos del

el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato, este último no debería considerarse concesión a efectos de la presente Directiva”.

27. Continúa el considerando precisando el alcance del principio y señalando que “cuando la reglamentación específica del sector elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato, este último no debería considerarse concesión a efectos de la presente Directiva”.
28. El Artículo 249, intitulado Prerrogativas y derechos de la Administración, establece en su apartado 1 que “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.
29. El Artículo 245 (Derechos del concesionario) de la actual LCSP reconoce el derecho del concesionario al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, en la forma y con la extensión prevista en el artículo 258 (art. 228 de la ley 30/2007).

texto legal que moderniza la figura jurídica, la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, cuando señala que “para que la concesión conserve su naturaleza, el equilibrio económico contractual deberá recomponerse cuando se altere 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”.

Con ese carácter bifronte es regulado el principio del equilibrio económico-financiero de la concesión en el art. 258, que impone (deberá dice el precepto) la necesidad de mantener el equilibrio económico en los términos que fueron considerados para la adjudicación del contrato de concesión de obras públicas, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario. Por ello la Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los supuestos tasados en el precepto, a) Cuando la Administración modifique³⁰, 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 mayor³¹ o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión y c) Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en el Plan económico financiero de la concesión³² y con el

30. De conformidad con los arts. 105 a 108, integrantes del título V del libro I de la LECSP.

31. Las causas de fuerza mayor que generan la obligación de reequilibrio son, únicamente, las enumeradas en el artículo. A ese efecto el apartado segundo del precepto establece que “Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.

b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.

c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

32. Ese Plan debe articular el sistema de tarifas, la inversión y los costes de explotación y obligaciones de pago y gastos financieros, directos o indirectos, estimados y 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

sistema³³ de retribución del concesionario. Además de las causas tasadas del precepto mencionado la sobrevenida aparición de circunstancias imprevisibles en el momento de celebrarse el contrato oneroso justifican, también, el restablecimiento del originario equilibrio de la concesión.

La alteración del equilibrio concesional en perjuicio del contratista se puede producir, por tanto, por decisiones de la propia Administración (*factum principis*) o por circunstancias ajenas a ésta, como la fuerza mayor, si bien en todo caso debe tratarse de una onerosidad tal que, además de obedecer a una causa imprevisible o de ordinario injustificable, rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones y trastoque completamente la relación contractual. Sin duda alguna el problema se centrará en la diferenciación nítida de estas figuras que poseen contornos de difícil deslinde. El riesgo imprevisible supone la aparición de una circunstancia sobrevenida, extraordinaria y razonablemente imprevisible, no imputable a una deficiente gestión del concesionario, que provoca una subversión grave en la economía de la concesión, de modo que su cumplimiento se torna extraordinariamente gravoso o incluso imposible en términos económicos, y, en el deber de restaurar el equilibrio económico financiero del contrato, teniendo en cuenta las bases que se consideraron para su adjudicación. En el *factum principis* son las decisiones administrativas, ulteriores a la adjudicación del contrato, las que generan un grave desequilibrio económico financiero en la concesión que obliga a la Administración contratante a reequilibrar la concesión administrativa. Surge aquí, nuevamente, la dificultad de diferenciar esa situación de *factum principis* de lo que, en puridad, puede ser el ejercicio del *ius variandi* como prerrogativa clásica de la Administración concedente. En el *factum principis* la Administración no persigue directamente la modificación del objeto del contrato su decisión debe ser imprevisible y generadora de un daño intenso.

Para el caso de que concurran los supuestos tasados en el precepto (art. 258) procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan, entre ellas la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la reducción del plazo concesional, y, en general, cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

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.

33. En ese sistema de retribución del concesionario se incluirán, 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.

Asimismo, en los casos de fuerza mayor o actuaciones de la Administración que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión, 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 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 puede ignorarse el papel que juegan los principios generales del derecho en la configuración del equilibrio concesional, la interdicción del enriquecimiento injusto, la buena administración, la seguridad jurídica, la buena fe, la confianza legítima y la responsabilidad administrativa, se han convertido en cláusulas de cierre del sistema al servicio del principio de intangibilidad del contrato, *pacta sunt servanda*, compatible con ese mantenimiento de su equilibrio económico financiero.

Por su parte la legislación especial, la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, regula el principio de reequilibrio concesional en el art. 24, estableciendo que, cuando el Gobierno modifique por razón de interés público las características de los servicios contratados y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, afectando con ello al régimen económico-financiero de la concesión, se “procurará de nuevo el equilibrio (económico-financiero de la concesión) 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”³⁴. Buen ejemplo de ello constituye el Real Decreto R.D. 2219/2004, de 26 de noviembre, por el que se adoptaron, en cumplimiento de las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2003, medidas para el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos de concesión, alterado como consecuencia de la aplicación del R.D. 429/2000³⁵, de 31 de marzo, y en virtud del cual se prorrogaron las tarifas y peajes vigentes en las autopistas de peaje de titularidad de la Administración General del Estado. La mencionada

34. Esta previsión fue introducida por el artículo 76 de la ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

35. Este RD estableció, por razones de interés público, la prórroga de las tarifas y peajes que se venían aplicando hasta que se aprobase el nuevo procedimiento de revisión de tarifas y peajes en sustitución del entonces vigente, previsto en el Real Decreto 210/1990, de 16 de febrero. Ese nuevo procedimiento se estableció por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, y la aplicación temporal del régimen establecido en la disposición anulada dio lugar a la necesaria compensación.

Sentencia del Tribunal Supremo anuló este último RD y determinadas resoluciones del Ministro de Fomento, de 1 de abril de 2000, dictadas en su ejecución, y obligó al Estado, con la aprobación del RD 2219/2004, a compensar económicamente a las concesionarias³⁶ afectadas por la diferencia entre los peajes percibidos y los que hubieran resultado de la aplicación del procedimiento de revisión de tarifas y peajes previsto en el Real Decreto 210/1990, de 16 de febrero, desde el 1 de abril al 31 de diciembre de 2000, ambos inclusive, así como por los intereses devengados desde el punto medio del período considerado hasta el momento de percepción de la compensación que a cada uno le correspondía. Superado este periodo, y desde el 1 de enero de 2001, el nuevo procedimiento de revisión de tarifas sería el regulado en el artículo 77 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, cuerpo legal que parte de una congelación de tarifas durante el año 2000 prevista en el apartado primero de su disposición transitoria sexta.

El art. 25 de la Ley 8/1972 completa el régimen del principio imponiendo también su restablecimiento cuando las modificaciones impuestas por la Administración contratante, para conseguir la mejor prestación del servicio público o para mejorar el sistema de comunicaciones, consistan en la ampliación de la autopista o en el aumento del número de carriles de las calzadas. En estos supuestos el precepto señala que será la Administración, o bien fruto del acuerdo con el concesionario, la que establezca las condiciones a que deba sujetarse la realización de las obras y su repercusión en el régimen de tarifas para mantener el equilibrio económico-financiero de la concesión.

Se trata, en ambos textos legales LCSP y Ley 8/1972, de reafirmar el tradicional principio de riesgo y ventura y de aparejar la obligación del reequilibrio concesional a la concurrencia de circunstancias ajenas a la voluntad del contratista que alteran el equilibrio del contrato o determinan de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la conce-

36. El Real Decreto anulado afectó a las concesiones de las autopistas Montmeló-La Jonquera, Barcelona-Tarragona, Montmeló-El Papiol y Zaragoza-Mediterráneo, concedidas a Autopistas, Concesionaria Española, Sociedad Anónima; Villalba-Villacastín-Adanero, concedida a Iberpistas, Sociedad Anónima, Concesionaria del Estado; Tarragona-Valencia, Valencia-Alicante y Sevilla-Cádiz, concedidas a Autopistas Aumar, Sociedad Anónima, Concesionaria del Estado; Bilbao-Zaragoza, concedida a Autopista Vasco-Aragonesa, Concesionaria Española, Sociedad Anónima; Ferrol-frontera portuguesa, concedida a Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, Sociedad Anónima; Burgos-Armiñón, concedida a Europistas, Concesionaria Española, Sociedad Anónima; León-Campomanes, concedida a Autopista Concesionaria Astur-Leonesa, Sociedad Anónima, y Málaga-Estepona, concedida a Autopista del Sol, Concesionaria Española, Sociedad Anónima.

sión. Existe pues una necesaria convivencia y tensión entre el principio de riesgo y ventura y el derecho al mantenimiento del equilibrio económico financiero de la concesión. Sin riesgo y ventura la concesión pierde uno de sus principales signos de identidad pero el principio debe moderarse para garantizar el derecho del concesionario a percibir una remuneración suficiente. Como señala ARIMANY³⁷, en las concesiones administrativas el principio de remuneración suficiente del colaborador-contratista garantiza la equivalencia de prestaciones entre lo que el contratista da y lo que recibe a cambio y se completa con el de mantenimiento del equilibrio económico financiero. La concesión debe nacer y debe mantenerse equilibrada económica y financieramente y el equilibrio durante toda la vida de la concesión, en los términos que asume el ordenamiento vigente. Ese equilibrio se explicita en nuestro ordenamiento como un deber de la Administración concedente y un derecho del concesionario.

A nadie se le oculta que la doctrina que, tanto el Consejo de Estado³⁸ como los órganos judiciales, han ido urdiendo acerca de la obligación de reequilibrar las concesiones tiene un tono claramente restrictivo y, sólo, cuando se produce una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido entre la Administración y el contratista resulta aplicable la doctrina del restablecimiento del equilibrio económico en los contratos en virtud del concurso de un riesgo imprevisible. Como señala el Tribunal Supremo³⁹ “es indudable que la imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato pues sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad”.

Sin duda alguna habrá que estar a la casuística que planteen los conflictos contractuales concretos para determinar si procede, o no, el restablecimiento del equilibrio económico. Como señala BLANQUER⁴⁰, la mayor dificultad estriba en identificar cuáles son las particulares circunstancias

37. ARIMANY LAMOGLIA, Esteban, bajo el título “El equilibrio económico financiero de la concesión de obra pública: a propósito de la sentencia del tribunal supremo autopista Madrid-Toledo (ap-41)” y publicado en el número extraordinario del año 2011 en *Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, pp. 96.

38. Véanse, entre otros, los dictámenes núms. 1.528/2002, 1.521/2003, 3.205/2003 y 3.485/2003.

39. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 16 de junio de 2009, FJ. 4º, (RJ 2009, 5783).

40. BLANQUER CRIADO, D., *Los contratos del Sector Público*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 716. Véase el amplio comentario a esta sentencia llevado a cabo por ARIMANY LAMOGLIA, Esteban, ob. cit. “El equilibrio económico financiero...”, pp. 93 a 100.

que permiten afirmar la ruptura grave del originario equilibrio económico de la concesión de obra pública, y la consecuente desaparición sobrevenida de la base objetiva del negocio jurídico oneroso, cuestión sobre la que no cabe formular una teoría general válida para cualquier caso, y resulta forzoso hacer un análisis casuístico.

Especialmente interesante resulta el pronunciamiento del Tribunal Supremo mediante Sentencia de la Sala 3^a de 16 de mayo de 2011. El Tribunal estima el recurso contencioso administrativo n^o 566/2008⁴¹, interpuesto por Autopista Madrid-Toledo Concesionaria Española de Autopistas, S.A. y reconoce su derecho al restablecimiento del equilibrio económico y financiero de la concesión de la autopista de peaje entre Madrid y Toledo (AP-41)⁴², sobre la base de la concurrencia de un hecho extraordinario e imprevisible. Conviene profundizar en nuestro comentario porque, a pesar del pronunciamiento estimatorio al que nos hemos referido, la STS no consideró riesgo imprevisible el hecho de que una Administración autonómica distinta de la contratante decidiese mejorar la carretera M-407 que discurría, en un tramo de 11,6 kilómetros, por un trazado paralelo a la autopista de peaje y ello afectara sustancialmente a la intensidad de su tráfico. Adjudicada la concesión en febrero del año 2004, en el 2007 se produjo el desdoblamiento de esa carretera autonómica y esta actuación no pudo ser conocida por los licitadores de la concesión de obra pública adjudicada en el momento en que perfeccionan el negocio jurídico. El TS señala que *“es menester despejar la cuestión principal: la de si se trata de un hecho imprevisible que, por alterar sustancialmente las condiciones en que se estableció la concesión, genera el derecho de ATM a que la Administración restablezca su equilibrio. La respuesta a esa pregunta ha de ser negativa”*, porque la carretera M-407 existía con anterioridad a la licitación de la concesión, porque no debe considerarse algo fuera de lo común que las Administraciones, en el ejercicio de sus competencias, procuren mejorar las infraestructuras del transporte y, en particular, las carreteras, y porque, en todo caso, tal desdoblamiento no es un hecho extraordinario e imprevisible *“que deba quedar fuera del riesgo*

41. La Concesionaria impugnó las desestimaciones presuntas de sus solicitudes de reequilibrio concesional y solicitó sentencia estimatoria que restableciera su situación jurídica declarando del derecho de la Concesionaria al reequilibrio económico del Contrato y reconociendo que el perjuicio económico causado a la Concesionaria, actualizado a 2009, equivalía a un valor actual total igual a 420.144.130 euros a su favor, solicita además, que se condene al órgano de contratación a adoptar las medidas necesarias para conseguir el pleno restablecimiento del equilibrio económico del Contrato.
42. La concesión de esta autopista se adjudicó mediante el Real Decreto del Consejo de Ministros 281/2004, de 13 de febrero, por un plazo de duración de treinta y seis años. La AP-41 entró en servicio en diciembre de 2006.

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 11,61 Km”.

No queda, sin embargo, bajo la cobertura del principio de riesgo y ventura, el desequilibrio generado por la no ejecución de la prolongación de la autopista hasta Córdoba que, se consideró, produjo una notable disminución del flujo de viajeros al quedar aislado el primer tramo de Madrid a Toledo. La razón de esa inejecución fue que el proyecto no superó la evaluación de impacto ambiental y la Sala entendió *“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-N o hacerlo en sentido inverso sin tener que desviarse por Despeñaperros”.*

Ambas carreteras estaban previstas en el Plan Estratégico de Infraestructuras⁴³ para el transporte 2000-2007 y la falta de construcción de la autopista a Córdoba desde Toledo se puede considerar un hecho extraordinario e imprevisible del que no debía responder el concesionario.

No menos restrictiva ha sido la línea marcada por los Tribunales y por las Juntas Consultivas⁴⁴ de contratación a la hora de valorar la actual situa-

43. En el Plan Estratégico de Infraestructuras del Transporte 2000-2007 y en la documentación facilitada a los licitadores para preparar y presentar sus ofertas se preveía que la Autopista de Andalucía entraría en servicio simultáneamente con la AP-41 conformando un gran corredor Madrid-Córdoba, que evitaría el paso el paso por Despeñaperros.
44. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe nº 18/2012, de 19 de septiembre, señala que *“Entre otras circunstancias, la crisis económica mundial que se produce en el año 2008, y que afecta singularmente a España, es seguro que también habrá influido en la disminución de la demanda de usuarios de la residencia de ancianos, pues ha provocado una retracción de la actividad económica. Pero todas estas circunstancias podrían ser conocidas por los licitadores, con tal de que su análisis de la situación, y las consiguientes previsiones, se hicieran ajustándose a los datos reales, y no atendiendo a expectativas que no respondían a los hechos, que es lo aquí ha sucedido”.* “En consecuencia, no cabe imputar a la crisis económica, que

ción de crisis como un riesgo imprevisible que puede justificar el reequilibrio concesional. La aceptación de esta causa pasa por la exigencia de que “la ruptura de equilibrio financiero del contrato se deba a circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afecten grandemente a éste”⁴⁵, de manera que “el contratista no tiene una especie de seguro a cargo de la Administración que cubra todos los riesgos de su actividad, pues la actividad empresarial es por esencia imprevisible, y del mismo modo que la marcha de los acontecimientos puede determinar ganancias para el empresario, esta misma marcha puede hacer que sufra pérdidas y no por ello tales pérdidas han de ser compartidas siempre, y en todo caso, con la otra parte contratante, pues el que arriesga su dinero en un negocio asume como premisa que determinadas actividades son de suyo una apuesta en la que se puede ganar o perder, en este caso la Administración municipal”. Como recuerda el considerando nº 20 de la Directiva 2014/23/UE “un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapen al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro”⁴⁶.

La gravedad de la situación generada por la insolvencia empresarial de los concesionarios de autopistas de peaje ha propiciado una intensa intervención de los poderes públicos con medidas que pretendían garantizar la viabilidad de las concesiones y frenar⁴⁷ las pretensiones de reequilibrio

ya existía cuando se tramitó el procedimiento de adjudicación y se celebró el contrato, la causa de la imprevisión que legitimaría el mantenimiento del equilibrio económico del contrato”.

45. Véanse Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril del 2001 y de 30 de abril de 1999, dictada por la Sección 7ª de la Sala 3ª en los Recursos núm. 8602/1995, de 20 de mayo de 1999 y 4547/1993 respectivamente.
46. La propia Directiva define estos riesgos y señala que por riesgo de demanda ha de entenderse “el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato” y, por riesgo de oferta, el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos de los concesionarios.
47. La propia Ley exigía, siempre que se basen en el sobrecoste de las expropiaciones o en la ejecución de obras adicionales, la renuncia a entablar acciones contra el

económico de las concesiones, basadas tanto en el sobrecoste de las expropiaciones como en la ejecución de obras adicionales. Sin ánimo agotador podemos resumirlas en las siguientes:

– La concesión por el Estado de préstamos participativos⁴⁸ a las sociedades concesionarias⁴⁹ en las que concurran los requisitos previstos en la disposición adicional cuadragésima primera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, con la finalidad de hacer frente a los sobrecostos derivados de los justiprecios

Estado, o el compromiso de desistir de las ya iniciadas por razón del reequilibrio económico de la concesión cuando las sociedades concesionarias solicitasen alguna de las medidas contempladas en la disposición adicional cuadragésima primera de la Ley.

48. El préstamo se otorgará, a solicitud de la concesionaria ante la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje en los 15 primeros días naturales de cada trimestre, para el abono del justiprecio fijado por acuerdos firmes del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa o sentencias firmes y sólo por la suma del justiprecio pagado o pendiente de pago que exceda del 175 por 100 de las cantidades previstas por la concesionaria en su oferta para el abono de las expropiaciones.

Podrá igualmente solicitarse el préstamo por los intereses abonados o adeudados por retraso en el pago del justiprecio, siempre que dicho retraso no sea imputable a la concesionaria. A tal fin, deberá aportarse la correspondiente resolución judicial o administrativa firme en que se determine su importe.

49. La propia Ley enumera en su ámbito de aplicación la relación de concesiones afectadas por los sobrecostos expropiatorios: Autopista de peaje Alicante-Cartagena: Tramo, desde la autovía AP-7 (Alicante-Murcia) hasta Cartagena. Adjudicada por Real Decreto 1808/1998, de 31 de julio.

Tramos: M-40-Arganda del Rey, de la autopista de peaje R-3, de Madrid a Arganda del Rey; M-40-Navalcarnero, de la autopista de peaje R-5, de Madrid a Navalcarnero, y de la M-50 entre la autopista A-6 y la carretera M-409. Adjudicada por Real Decreto 1515/1999, de 24 de septiembre.

Tramos de autopista de peaje: autopista AP-6, conexión con Segovia y autopista AP-6, conexión con Ávila y para la conservación y explotación de la autopista de peaje AP-6, tramo Villalba-Adanero. Adjudicada por Real Decreto 1724/1999, de 5 de noviembre.

Autopista de peaje R-2, de Madrid a Guadalajara, y de la circunvalación a Madrid M-50, subtramo desde la carretera N-II hasta la carretera N-I. Adjudicada por Real Decreto 1834/2000, de 3 de noviembre.

Autopista de peaje R-4, de Madrid a Ocaña, tramo M-50-Ocaña; la circunvalación a Madrid M-50, subtramo desde la carretera N-IV hasta la carretera N-II; del eje sureste, tramo M-40-M-50, y de la prolongación de la conexión de la carretera N-II con el distribuidor este, y actuaciones de mejora en la M-50, tramo M-409-N-IV. Adjudicada por Real Decreto 3540/2000, de 29 de diciembre.

Autopista de peaje eje aeropuerto, desde la carretera M-110 hasta la A-10; de la autopista de peaje eje aeropuerto, desde la A-10 hasta la M-40; y construcción de la prolongación y mejoras del acceso sur a Barajas; de la ampliación a tres carriles de la autovía A-10, entre la conexión con el eje aeropuerto y el nudo de Hortaleza,

cuyo importe total⁵⁰ de las expropiaciones exceda del 175 por 100 de las cantidades previstas por la concesionaria en su oferta. Los préstamos se liquidarán por años naturales vencidos y la Ley estableció un periodo de carencia de tres años, que alcanzará tanto a la amortización del capital como al pago de la remuneración del préstamo.

– Otras de las medidas previstas en este cuerpo legal fue la ampliación del plazo de las concesiones y la elevación de tarifas, que se adoptarían por el Gobierno, conjunta o aisladamente, a los solos efectos de generar ingresos adicionales directa y exclusivamente destinados a amortizar el principal y los intereses de los préstamos participativos. En caso de declaración de concurso de acreedores de la sociedad concesionaria, dichos ingresos adicionales no formarán parte de la masa del concurso y se ingresarán directamente en el Tesoro para la amortización del préstamo.

– La posibilidad, con carácter excepcional, de compensar las obras adicionales que, ya ejecutadas al tiempo de la entrada en vigor de la ley y no previstas en los proyectos iniciales, se encuentren integradas en el dominio público estatal por ser de interés para la Administración concedente.

– La Ley dejaba abierta la posibilidad de adoptar otras fórmulas de financiación que permitiesen reequilibrar la concesión sin desvirtuar el principio de riesgo y ventura del concesionario cuando se ponga de ma-

y de la conexión aeropuerto-variante N-II y vías de servicio sur de Barajas. Adjudicada por Real Decreto 1197/2002, de 8 de noviembre.

Autopista de peaje Cartagena-Vera. Adjudicada por Real Decreto 245/2004, de 6 de febrero.

Autopista de peaje Madrid-Toledo y autovía libre de peaje A-40 de Castilla-La Mancha, tramo: Circunvalación norte de Toledo. Adjudicada por Real Decreto 281/2004, de 13 de febrero.

Autopista de peaje circunvalación de Alicante, la variante libre de peaje de El Campello y otras actuaciones. Adjudicada por Real Decreto 282/2004, de 13 de febrero.

Autopista de peaje "Santiago de Compostela-Ourense, tramo: Santiago de Compostela-Alto de Santo Domingo". Adjudicada por Real Decreto 1702/1999, de 29 de octubre.

50. La Ley entiende por "por importe total de las expropiaciones la suma del justiprecio de todas las fincas expropiadas para la concesión. El justiprecio de las fincas que, al tiempo de la entrada en vigor de esta ley, no esté fijado por acuerdo firme del Jurado o sentencia firme, se estimará con carácter provisional por comparación con el de fincas análogas.

Para la determinación de dicho importe total de las expropiaciones, cada sociedad concesionaria deberá presentar una relación completa e individualizada de las fincas y derechos expropiados, precisando su justiprecio, ya sea cierto o estimado. Esta relación deberá ser aprobada por la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias".

nifiesto que las medidas previstas no posibiliten el reequilibrio de la concesión.

– La Disposición adicional octava de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, estableció nuevas medidas adicionales y complementarias a las ya expuestas y previstas en la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010. A ese efecto, a partir del 1 de enero de 2011, autorizó a determinadas sociedades concesionarias⁵¹ de autopistas de peaje, dependientes de la Administración General del Estado, a establecer una cuenta de compensación previa solicitud a la

51. La disposición adicional relaciona en su ámbito de aplicación las sociedades titulares de las concesiones administrativas que podrán acogerse a lo establecido en esta disposición, son las siguientes autopistas: Tramos: M-40-Arganda del Rey, de la autopista de peaje R-3, de Madrid a Arganda del Rey; M-40-Navalcarnero, de la autopista de peaje R-5, de Madrid a Navalcarnero, y de la M-50 entre la autopista A-6 y la carretera M-409. Adjudicada por Real Decreto 1515/1999, de 24 de septiembre.

Autopista de peaje R-2, de Madrid a Guadalajara, y de la circunvalación a Madrid M-50, subtramo desde la carretera N-II hasta la carretera N-I. Adjudicada por Real Decreto 1834/2000, de 3 de noviembre. Autopista de peaje R-4, de Madrid a Ocaña, tramo M-50-Ocaña; la circunvalación a Madrid M-50, subtramo desde la carretera N-IV hasta la carretera N-II; del eje sureste, tramo M-40-M-50, y de la prolongación de la conexión de la carretera N-II con el distribuidor este, y actuaciones de mejora en la M-50, tramo M-409-N-IV. Adjudicada por Real Decreto 3540/2000, de 29 de diciembre.

Autopista de peaje eje aeropuerto, desde la carretera M-110 hasta la A-10; de la autopista de peaje eje aeropuerto, desde la A-10 hasta la M-40; y construcción de la prolongación y mejoras del acceso sur a Barajas; de la ampliación a tres carriles de la autovía A-10, entre la conexión con el eje aeropuerto y el nudo de Hortaleza, y de la conexión aeropuerto-variante N-II y vías de servicio sur de Barajas. Adjudicada por Real Decreto 1197/2002, de 8 de noviembre.

Autopista de peaje Cartagena-Vera. Adjudicada por Real Decreto 245/2004, de 6 de febrero.

Autopista de peaje Madrid-Toledo y autovía libre de peaje A-40 de Castilla-La Mancha, tramo: Circunvalación norte de Toledo. Adjudicada por Real Decreto 281/2004, de 13 de febrero.

Autopista de peaje circunvalación de Alicante, la variante libre de peaje de El Campello y otras actuaciones. Adjudicada por Real Decreto 282/2004, de 13 de febrero.

Autopista de peaje Ocaña-La Roda y la autovía libre de peaje A-12, tramo: N-301 Atalaya de Cañavate. Autopista de peaje Málaga, tramo: Alto de las Pedrizas-Málaga.

La Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, añadió a esta larga lista otras tres autopistas más: Autopista de peaje Alicante-Cartagena. Tramo: desde la autopista A-7, Alicante-Murcia, hasta Cartagena. Adjudicada por Real Decreto 1808/1998, de 31 de julio. Autopista de peaje Santiago de Compostela-Ourense. Tramo: Santiago de Compostela-Alto de Santo Domingo. Adjudicada por Real Decreto 1702/1999, de 29 de octubre. Au-

Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje. La autorización y su funcionamiento no afectará a ninguna otra condición de la concesión.

Al término de los tres años de vigencia de la cuenta de compensación, la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje determinará, anualmente, el saldo de dicha cuenta. Dicho saldo será la diferencia entre las cantidades abonadas durante dicho periodo por la Administración y por la sociedad concesionaria.

Esta ley fue modificada por la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, afectando al régimen jurídico de las mencionadas cuentas de compensación, autorizó al Gobierno si las circunstancias económicas así lo aconsejan, a excluir del sistema a las sociedades concesionarias y concedió un crédito extraordinario, con cargo al presupuesto del Ministerio de Fomento, a las sociedades concesionarias de autopistas de peaje para abono de la Cuenta de Compensación por importe de 80,1 millones de euros.

– Con una previsión mucho más amplia la disposición adicional Cuadragésima séptima, intitulada Compensación a Concesionarias por reducción de Peajes, de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, estableció la posibilidad de adoptar los mecanismos necesarios para compensar a las Concesionarias de las Autopistas por la reducción de peajes que se establezcan en los entornos urbanos y periurbanos en razón a la mejora de la movilidad y Seguridad Vial.

– Algunas otras medidas ya mencionadas en nuestro trabajo, como la revisión de precios, el incremento de las tarifas y la alteración de los plazos concesionales, han tenido especial protagonismo en los últimos años, si bien se han revelado, también, insuficientes para absorber la falta de rentabilidad de las concesiones de autopistas, los ya planteados sobrecostes de las expropiaciones y, en particular, el descenso de usuarios de estas infraestructuras que, por otra parte, la mayoría de ellas nunca alcanzaron, ni siquiera se aproximaron, a las intensidades medias calculadas en los planes económico-financieros, han lastrado una situación de ruina económica que ha llevado a los contratos de concesión a un verdadero “callejón sin salida”.

topista de peaje León-Astorga. Adjudicada por Real Decreto 309/2000, de 25 de febrero.

IV. LA INSUFICIENCIA DE LAS MEDIDAS DE REEQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN. CRÓNICA DE UNA INSOLVENCIA EMPRESARIAL ANUNCIADA Y SU INCIDENCIA EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Como ya se sabe buena parte de las concesionarias de autopistas están hoy en una difícil situación y sumidas en procesos concursales en tramitación con un pronóstico de futuro, y a corto plazo, poco esperanzador. Las medidas, ya expuestas, que durante estos años se han adoptado para reequilibrar las concesiones y dar continuidad a la explotación de las infraestructuras por parte de los concesionarios han sido manifiestamente insuficientes.

El Estado ha negociado intensamente con las concesionarias, constructoras y entidades financieras que soportaron la construcción y financiación de estas infraestructuras. El ánimo de encontrar una solución al problema le ha llevado a proponer fórmulas que persiguen el mantenimiento y la continuidad de uso de las infraestructuras compensando a sus acreedores, por unos u otros títulos, con medidas, siempre insatisfactorias, que minimicen las secuelas, seguras, que cualquier solución al problema generará. Antes de analizar los términos de las propuestas planteadas por el Estado, en último extremo, y la situación actual de la cuestión, debemos exponer los fundamentos teóricos de una hipotética resolución de los contratos administrativos de concesión invocando como causa de la misma las declaraciones de concurso de las concesionarias, hipótesis que se vislumbra, incluso a corto plazo, como probable.

El tema que nos ocupa debe situarse en ese contexto de crisis que nos ayuda a apreciar la oportunidad de su planteamiento y la necesidad de seguir analizando las normas que, desde el derecho mercantil y el administrativo, articulan los efectos que genera el fracaso económico de los proyectos empresariales y la incidencia que el mismo tiene en la satisfacción de los intereses generales y públicos que orientan la actividad de las Administraciones públicas. En ese escenario se desenvuelven las frecuentes declaraciones de concurso de acreedores en que incurren contratistas habituales de las Administraciones Públicas que, sumidos en la insolvencia económica, frustran las finalidades públicas que motivaron los contratos administrativos de los que resultaron adjudicatarios. No debe minimizarse el hecho de que muchos de esos contratistas insolventes lo son por el sistemático incumplimiento de las obligaciones de pago por parte de las Administraciones con las que contrataron. La importancia del problema

ha llevado a las Administraciones, y al Gobierno central en particular, a diseñar planes de pago a proveedores que alivien, siquiera parcialmente, los graves efectos que la situación descrita está provocando en nuestra economía doméstica.

El RDL 6/2010 modificó, ligeramente, la LCSP con la clara vocación de dar continuidad a los contratos administrativos adjudicados a contratistas en situación de concurso, siempre que dicha situación no comprometiese la posibilidad de cumplir las prestaciones básicas del contrato y de satisfacer la finalidad del mismo. Junto a la intención de facilitar la continuidad de la relación contractual entablada entre la Administración y los contratistas que hayan solicitado la declaración de concurso de acreedores voluntario cuando éste haya adquirido eficacia en un convenio, el art. 4 del RDL 6/2010 redujo, en lo que a resolución del contrato administrativo se refiere, los efectos más negativos de esta situación, la concursal, al supuesto en que el concurso hubiera sido calificado como culpable por el órgano judicial competente que interviene en el proceso concursal, pues “solo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable”. A sensu contrario, si el concurso se califica de fortuito, la Administración pública contratante deberá devolver la garantía constituida que se reintegrará a la masa activa del concurso. La norma pretende, de ello no cabe duda, mejorar la posición económica de los contratistas, “aunque el panorama de los deudores en situación concursal no sea halagüeño”, como bien señala RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI⁵².

En lo concreto, el apartado 2º del art. 4 (bajo el epígrafe la “continuidad de los contratos públicos en determinadas situaciones concursales”) modificó el art. 208.5 LCSP. La regla se encuentra hoy en el vigente art. 225⁵³ del TRLCSP y, a pesar de que la reforma, por su extensión, pueda calificarse de “ligera”, no es un mero “ajuste u operación estética, como Recuerda Gimeno⁵⁴ cuando valora la norma en su conjunto, sino una reforma

52. RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Algunos pasos para mejorar la situación del concursado en fase de cumplimiento del Convenio”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4/2010 (Comentario), Ed. Aranzadi, SA, Pamplona, 2010, p. 4.

53. El apartado 4 del precepto establece “En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable”.

54. GIMENO FELIÚ, José María, “La Ley de Contratos del Sector Público: una norma en movimiento”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 799/2010 (Tribuna), Editorial Aranzadi SA, Pamplona. 2010, p. 2.

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”.

Más allá de la modificación a la que nos acabamos de referir, el tema que nos ocupa encuentra su “régimen jurídico de referencia” en el art. 67.1 de la Ley Concursal, ley 22/2003, de 9 de julio, y, por remisión de ésta, en la SECCIÓN III (RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS), del CAPÍTULO V. (EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS), del Libro IV del TRLCSP, arts. 223, 224 y 225. El apartado 1 de ese art. 67 de la Ley Concursal establece que “los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial”, quedando sujetos “los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter privado celebrados por el deudor con Administraciones públicas”, en cuanto a sus efectos y extinción, a los establecido en esta Ley, tal y como dispone el apartado 2 del precepto.

Por tanto, y esto nos parece lo más acertado, el papel del Derecho mercantil queda reducido, en lo que ahora nos interesa, a la declaración formal del concurso (auto del Juzgado de lo Mercantil competente), a la calificación del concurso (culpable o fortuito) y a la apertura de la fase de liquidación, en su caso, dejando que el TRLCSP regule la entraña de la cuestión (los efectos de esa declaración de concurso en los contratos administrativos) y que la Administración pública aplique su Derecho, el administrativo, a la hora de decidir la suerte del contrato administrativo que ha suscrito con el contratista, ahora insolvente. Sin duda alguna la remisión expresa a la legislación de contratos del Sector público (TRLCSP) que la legislación mercantil lleva a cabo es tributaria, y manifestación, de la condición de *potentior personae* que se predica de la Administración pública, de su potestad de autotutela, y de la encomienda constitucional, ineludible, de servir con objetividad los intereses generales (art. 103 CE). El estatus singular del sujeto que nos ocupa, la Administración pública, es reconocido sin reservas por la propia Ley concursal que, en el apartado tercero de su artículo 1, señala que “no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público”. La integración del presupuesto subjetivo del proceso concursal requiere la aplicación de varias leyes⁵⁵ administrativas de calado ante la necesidad de precisar el ámbito subjetivo

55. En particular, la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del

de aplicación de esa previsión del art. 1 de la LC y que estará integrado por las entidades que conforman la organización territorial del Estado, es decir las administraciones enumeradas en el art. 2.1 LRJAPAC, los organismos públicos mencionados en el art. 43 de la LOFAGE, entre los que hay que incluir a las denominadas agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, y demás entidades de derecho público a las que se refiere el art. 2.2 y la Disposición transitoria 1ª de la LRJAP y PAC⁵⁶.

El análisis detenido de las previsiones legales vigentes obliga a distinguir el régimen jurídico de las consecuencias que la insolvencia empresarial genera dependiendo de la naturaleza del contrato afectado por la declaración de concurso del contratista. Así, cuando estemos, objetiva y subjetivamente, ante un contrato de carácter privado, los efectos que sobre el mismo produce la declaración de concurso del contratista se registrarán por la LC y las normas de derecho privado, según dispone el apartado 2 del art. 67 de este cuerpo legal, y no cabrá, tal y como dispone el art. 61.3⁵⁷ de la LC, la resolución contractual por parte de la Administración pública contratante por la sola causa de la declaración de concurso del contratista. Como señala CERVERA MARTÍNEZ⁵⁸, “por lo tanto, debe entenderse que a

Estado y 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.

56. No coincidimos en la identificación de los Organismo públicos con la opinión de ETXARANDIO HERRERA, E., *Manual de Derecho Concursal*, Ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 136, en la que sólo se refiere como organismos públicos a los Autónomos y a las Entidades Públicas Empresariales. El apartado uno de la disposición final primera de la Ley 28/2006, de 18 de julio (B.O.E. 19 julio), de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, dio nueva redacción al número 1 del artículo 43 de la LOFAGE. Esa misma Ley 28/2006, en su disposición adicional quinta Transformación de Organismos Públicos en Agencias Estatales, autorizó al Gobierno para que, en el plazo de dos años, desde su entrada en vigor, procediera a transformar los actuales Organismos Públicos cuyos objetivos y actividades se ajusten a la naturaleza de las Agencias Estatales mediante Real Decreto del Consejo de Ministros, a iniciativa del Ministro de adscripción del respectivo Organismo Público y a propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y Administraciones Públicas. El apartado 2 de esta disposición, exceptuó de ese proceso de conversión a aquellos Organismos previstos en las Disposiciones adicionales 9ª y 10ª de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que por Ley disponían de una especial autonomía o independencia funcional respecto de la Administración General del Estado.
57. Señala el precepto invocado que “Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes”.
58. CERVERA MARTÍNEZ, M., “La resolución de los contratos en el concurso”, *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 23, *Encuentro de la Sala Primera del Tribunal Supremo con magistrados/as de lo mercantil*, Consejo General del Poder Judicial, 2011, p. 2.

pesar de la declaración de concurso todos los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento siguen en vigor”.

Por el contrario, cuando estemos ante un contrato de carácter administrativo el art. 223. b) de la LCSP, al que se remite el 67.1 de la propia LC, establece como causa expresa de resolución la declaración de concurso del contratista, si bien, dicha resolución sólo se impone, *ope legis*, a la Administración pública contratante cuando el contratista concursado entre en fase de liquidación, abogando por el mantenimiento de la relación contractual, con las debidas garantías de cumplimiento, hasta en tanto ésta no se haya acordado.

Como bien señala la doctrina, el trato desigual que nuestro ordenamiento da a los contratistas declarados en concurso en función de la naturaleza, administrativa o privada, de las relaciones contractuales que les vinculan a los entes, entidades u organismos integrantes del Sector Público, es una consecuencia más de la singular posición ordinal de la Administración pública, que recibe la encomienda constitucional de servir, con objetividad, el interés general y esta tarea exige, como tantas veces se ha dicho, la atribución de un conglomerado de privilegios, más bien facultades exorbitantes, que conforman la denominada autotutela administrativa. Una vez más el interés general y público justifica soluciones sustancialmente distintas.

La Administración pública, por tanto, sólo podrá acordar la resolución del contrato administrativo si, previamente, el Juzgado de lo Mercantil competente ha declarado formalmente, mediante auto, la situación concursal. Como destaca LINARES GIL⁵⁹ “es entonces cuando el concurso despliega sus potentes efectos con el auto de declaración. El acuerdo de resolución del contrato administrativo requiere como presupuesto no sólo el seguimiento del procedimiento, administrativo y contradictorio, necesario para su adopción sino también, y como punto de partida, la previa declaración concursal mediante auto del órgano judicial competente en los términos y con el contenido previstos en el art. 21 de la LC.

No basta, por tanto, con la mera solicitud de declaración de concurso, formulada por el deudor contratista o por cualquiera de sus acreedores (art. 3 LC), sino que será preciso que se dicte el auto judicial con el contenido mínimo al que hace referencia ese art. 21 de la Ley 22/2.003. Son

59. LINARES GIL, M. I., “Concurso de acreedores y contratación administrativa tras el Real Decreto-ley 6/2010”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 14, 2011, p. 194.

muchos⁶⁰ los dictámenes que han explicitado la doctrina, sólida y reiterada, del Consejo de Estado en esta materia, así se expresa, por todos, en el Dictamen 3343/2002, de 13 de febrero:

“El artículo 112.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas enuncia como causas de resolución del contrato, entre otras, la declaración de quiebra y de suspensión de pagos (...). Significa ello que no basta con alegar la situación fáctica de suspensión de pagos, ni la mera presentación de la solicitud de suspensión de pagos ante el Juzgado correspondiente, ni tampoco la providencia de admisión de tales solicitudes que pudiera dictarse por el Juzgado (dictámenes del Consejo de Estado núms. 46.155/45.481, de 29 de marzo de 1984 y 1.230/91 y 1.233/91, de 26 de septiembre de 1991, entre otros). Para que la situación de suspensión de pagos pueda considerarse causa hábil de resolución de los contratos celebrados con las Administraciones Públicas, se exige que haya recaído la consiguiente declaración judicial, esto es, el auto que constituye efectivamente a la empresa solicitante en suspensión de pagos o quiebra”.

La exigencia de seguridad jurídica, en beneficio tanto del procedimiento concursal como del interés público que entraña el cumplimiento y la finalidad de contrato administrativo, justifica la fijación de referencias ciertas que sustenten la iniciación del procedimiento administrativo con la finalidad de resolver el contrato de esa naturaleza. Lo más habitual será que la situación de insolvencia legal que declara el auto del concurso venga precedida de una insolvencia real que habrá sido causa de probables incumplimientos contractuales previos a la declaración de concurso. Los efectos que sobre la contratación administrativa genera la resolución del contrato son muy diferentes en función de la causa que la Administración haya elegido para acordar dicha resolución. Debe, además, tenerse en cuenta que no puede la Administración elegir discrecionalmente la causa que motive la resolución y que el deudor puede, también, influir o condicionar la acción administrativa con su actuación, incluso maliciosa, para orientar la decisión final acerca de la resolución contractual.

El Consejo de Estado se ha encargado de aclarar que será la primera causa en aparecer desde el punto de vista cronológico la que ha de tenerse

60. Véase la doctrina invocada en los Dictámenes del Consejo de Estado núms. 54205, de 22 de febrero de 1990; 55.563 y 55564, de 31 de enero de 1991; 1206/91, de 3 de octubre de 1991; 1363/91, 1.364/91 y 1365/1991, de 21 de noviembre de 1991; 5/1992 y 619/1992, de 23 de enero de 1992; 1368/1992, de 26 de septiembre de 1992; 740/1995, de 25 de mayo de 1995, entre otros.

en cuenta a efectos de la resolución del contrato. Véase, por todos, el Dictamen del Consejo de Estado⁶¹ 2230/2004, de 14 de octubre:

“De acuerdo con una consolidada doctrina del Consejo de Estado, con carácter general en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico. Dicha doctrina resulta de numerosos dictámenes, entre otros, de 25 de octubre de 1990, exp. n° 55.262; los dictámenes números 37.688, 34.387, 54.205, 55.262, 55.563, 55.564, 717/91, 718/91 y 719/91, de 20 de junio de 1991, 1.656/92, de 27 de enero de 1993, 712/94, de 23 de junio de 1994, y 740/95 y 741/95, de 25 de mayo de 1995; de 27 de abril de 2000, exp. n° 527/2000”.

Como se deduce de lo expuesto, la mera declaración en situación de concurso no constituye causa automática de resolución del contrato, como tampoco lo era la declaración en situación de suspensión de pagos. Únicamente será causa automática de extinción del contrato la apertura de la fase de liquidación. Si no se hubiera producido la citada apertura de la fase de liquidación, el artículo 224.5 de la LCSP permite que la Administración potestativamente pueda decidir la continuidad del contrato con el concursado “si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquella para su ejecución”.

En cuanto a los efectos de la resolución del contrato se refiere, el art. 225.3 del TRLCSP contiene una regla de vital importancia, y es que, con carácter general, *“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”.* En los mismos términos se pronuncia el art. 271.4 para el contrato de concesión de obra. En este punto cabe preguntarse si la resolución de un contrato administrativo en base a la causa prevista en el art. 223 b) del TRLCSP ha de considerarse como un incumplimiento culpable del contratista o no, con las consecuencias que ello llevaría aparejado en cuanto a incautación automática de la garantía y posibilidad de cuantificación de daños y perjuicios por parte de la Administración.

La legislación en materia de contratación administrativa condiciona la apreciación del carácter culpable de la resolución y por ende el destino

61. Otros posteriores han seguido la misma doctrina, véase, por todos, el Dictamen de 13 de marzo de 2008, exp. n° 144/2008.

de las garantías definitivas, a lo que se determine con ocasión de la apertura de la pieza de calificación del concurso, que tal y como determina el art. 163.1 de la LC, procederá en todo caso en los supuestos de apertura de la fase de liquidación del contratista o lo que es lo mismo, cuando éste se encuentre en situación de quiebra, en los términos expuestos por el art. 111 RGLCAP.

En coherencia con esa previsión el vigente art. 225.4 LCSP dispone que si se produce acuerdo resolutorio, deberá contener pronunciamiento expreso sobre la procedencia, o no, de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que se hubiera constituido. La novedad es que ahora “sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable”. Esto significa que si el concurso se califica de fortuito, no procede la pérdida de la garantía, que se reintegra a la masa activa del concurso en cuanto no haya de atender la finalidad para la que se constituyó.

En caso de resolución de los contratos de concesión de obras públicas el art. 271 TRLCAP establece que el órgano de contratación abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la concesión. A tal efecto, se tendrá en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que restara para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Además, también se establece que si el concesionario hubiese contado entre sus recursos con financiación de terceros, sólo se le abonará el sobrante después de solventar las obligaciones contraídas con aquellos.

Debe tenerse en cuenta, además, que sobre estas infraestructuras los concesionarios pueden haber realizado contratos con terceros para el aprovechamiento de las zonas complementarias de explotación comercial que, tal y como establece el art. 35.2 de la Ley de Autopistas, “si se extinguiere la concesión antes del tiempo por el que fue otorgada, la Administración respetará los derechos de terceros en orden a la gestión de las áreas de servicio”. Si esa gestión por tercero fuese inviable el órgano de contratación de la Administración debería resolver los contratos otorgados por el concesionario, abonando la indemnización que en su caso correspondiera⁶². Cuando no se acuerde la resolución de los citados contratos –continúa

62. Según el precepto, la indemnización será abonada con cargo al concesionario cuando la resolución se produjera como consecuencia de causa imputable a éste.

el precepto–, los titulares de los derechos de aprovechamiento seguirán ejerciéndolos, quedando obligados frente al órgano de contratación en los mismos términos en que lo estuvieran frente al concesionario, salvo que se llegara, de mutuo acuerdo, a la revisión del correspondiente contrato (art. 271.5 TRLCSP).

Probablemente estemos a un paso de “la última entrega” que esta situación va a generar. Ya hemos señalado que los intentos de reequilibrio concesional han fracasado y que, actualmente, las concesionarias de autopistas⁶³ se encuentran inmersas ya en numerosos procedimientos concursales.

La dimensión del problema generado por la insolvencia empresarial de los contratistas de las concesiones y la necesidad de proponer una solución de conjunto que pueda dar continuidad a la explotación de las infraestructuras ha llevado, como ya se ha dicho, a una compleja negociación entre el Estado, sus contratistas, constructoras, entidades financieras y acreedores por títulos diversos, que ha concluido con una propuesta de convenio-tipo que, a estas alturas, ya ha recibido los primeros reveses judiciales y que puede convertirse en el último intento para evitar la resolución de los contratos como desenlace final de los procesos concursales en los que están inmersos los concesionarios.

La solución impuesta por el Estado, previa negociación fracasada con los concesionarios de autopistas y buena parte de los acreedores que su

63. En el momento en que nosotros ultimamos nuestro trabajo se encuentran en esta situación las siguientes concesionarias.

- Radial 2 (Autopista del Henares, S.A.U. Concesionaria del Estado),
- Radiales 3 y 5 (Accesos de Madrid, Concesionaria Española S.A.U.),
- Radial4 (Autopista Madrid Sur, Concesionaria Española S.A.U.),
- M-12 (Autopista Eje Aeropuerto, Concesionaria Española S.A.U.),
- AP-41 (Autopista Madrid-Toledo, Concesionaria Española de Autopistas S.A.),
- AP-36 (Autopista Madrid Levante, Concesionaria Española S.A.U.),
- AP-7 Tramo Cartagena-Vera (Autopista de la Costa Cálida, Concesionaria Española S.A.), y
- AP-7 Tramo circunvalación Alicante (Autopista del Sureste, Concesionaria Española de Autopistas, S.A.).

A las relacionadas en nuestro trabajo debe añadirse, también, las sociedades holding de Autopista del Henares S.A.C.E. Unipersonal (Infraestructuras y Radiales S.A.), Autopista Madrid Sur C.E.S.A.U. (Inversora de Autopistas del Sur S.L.L. Autopista Eje Aeropuerto C.E.5.A.U. (Aeropistas S.L.U.) y Autopista Madrid Levante, C.E.S.A.U. (Inversora de Autopista de Levante S.L.), todas ellas en concurso de acreedores, y a la sociedad holding de Accesos de Madrid, Concesionaria Española S.A.U., Alazor Inversiones S.A., inmersa en estas se propone el Juicio 745/2012 Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid. Para todas estas se propone la misma fórmula por parte del Estado para sacar a delante su explotación.

construcción y explotación han generado, había depositado fundadas esperanzas en la propuesta de convenio, tipo y de conjunto⁶⁴, que la Sociedad Estatal de Infraestructuras de Transporte Terrestre S.A.⁶⁵ (Ministerio de Fomento), en virtud de lo previsto en la Disposición adicional segunda ter⁶⁶ de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ha formalizado recientemente ante alguno de los Juzgados Mercantiles que valoran los concursos de las concesionarias de autopistas. Adviértase, por las consecuencias que ello puede tener para el conjunto del acuerdo, que las propuestas de convenio presentadas por la Sociedad Estatal tendrán condicionada su eficacia a la aprobación de todas ellas, en virtud de lo dispuesto respectivamente en la Disposición Adicional Segunda Ter y el artículo 101.2 de la LC.

64. La propuesta de convenio a la que nos referimos no es más que la manifestación escrita de solución propuesta por el Estado para hacer frente a la situación de concurso de acreedores de las ocho sociedades concesionarias de autopistas que hemos mencionado en la nota nº 60, con el objetivo de mantener el servicio público a los ciudadanos en dichas infraestructuras. La Abogacía del Estado ya ha comunicado su intención, de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional Segunda Ter de la Ley Concursal, de solicitar la acumulación de los procesos concursales relativos a empresas concesionarias de la Administración cuando se formulen propuestas de convenio que afecten a todos ellos. Entiende por ello que debe presentar propuestas de convenio en los distintos procesos concursales relativos a las empresas concesionarias afectadas y solicitar, después, la acumulación de los distintos procedimientos concursales afectados según lo previsto en la Disposición Adicional Segunda Ter de la Ley Concursal.
65. SEITTSA es una sociedad mercantil estatal creada por Acuerdo del Consejo de Ministros del 29 de julio de 2005, al amparo del artículo 166.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y fue constituida el 30 de noviembre de 2005, siendo el Estado el titular del 100% de su capital social.
66. El artículo único 1.10 del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, modificó la Ley concursal y la Disposición adicional segunda ter, bajo el epígrafe "Régimen especial aplicable a las situaciones de insolvencia de las empresas concesionarias de obras y servicios públicos, o contratistas de las administraciones públicas", estableció que "En los concursos de empresas concesionarias de obras y servicios públicos o contratistas de las administraciones públicas, se aplicarán las especialidades que se hallen establecidas en la legislación de contratos del sector público y en la legislación específica reguladora de cada tipo de contrato administrativo. Asimismo, en estos concursos se acordará la acumulación de los procesos concursales ya iniciados cuando se formulen propuestas de convenio que afecten a todos ellos, pudiendo ser presentadas las propuestas de convenio por las administraciones públicas, incluidos los organismos, entidades y sociedades mercantiles vinculadas o dependientes de ellas. Podrá condicionarse la aprobación de la propuesta de convenio presentada en cada uno de los procedimientos concursales a la aprobación de las propuestas de convenio presentadas en los restantes procedimientos concursales acumulados según lo establecido en esta disposición. La competencia para la tramitación de los concursos acumulados a los que se refiere esta disposición se regulará conforme al artículo 25 bis.3 de la presente ley".

En síntesis, la propuesta de convenio formalizada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras de Transporte Terrestre S.A se puede resumir en los siguientes términos:

- SEITTSA adquiere la unidad productiva de las concesionarias asumiendo la explotación⁶⁷ de las autopistas de peaje y extinguiéndose, con ello, el régimen concesional.
- Como contraprestación, la Sociedad Estatal asume el pago, total o parcial, de los créditos a los acreedores, proponiendo a ese efecto medidas diversas⁶⁸ en función de la naturaleza de los créditos.
- La propuesta de convenio de acreedores planteada por el Estado ante los Juzgados de Lo Mercantil competentes implica que todos los acreedores⁶⁹ renuncian de forma expresa a reclamar al Estado cualquier tipo de indemnización, compensación, deuda, en relación con el contrato de concesión, y se comprometen a retirar de forma inmediata cualquier tipo de reclamación ya presentada en contra del Estado en relación con el contrato de concesión. Finalizan, además, los contratos de financiación, y todos los contratos relacionados al efecto, y las entidades financieras renunciarán, en el momento de la aprobación de los convenios, a los contratos de apoyo de los accionistas (garantías) otorgados bajo los contratos de financiación en aquellas concesiones en las que existiesen.

67. SEITTSA asumirá la explotación en virtud de un convenio con el Ministerio de Fomento suscrito de conformidad con lo previsto en el artículo 158 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

68. Las medidas previstas en la propuesta de convenio en lo que al pago de acreedores se refiere son diversas y de alcance bien diferente, así el Ministerio de Fomento pagará el 100% de los justiprecios expropiatorios que hayan sido reconocidos en sentencia firme condenatoria en el plazo de seis meses a partir de la aprobación de la última de las propuestas de convenio presentadas para las concesionarias de autopistas y sociedades holding mencionadas; se propone el pago del 100% de los créditos de los Ayuntamientos, también en el plazo de seis meses desde la aprobación de la última de las propuestas de convenio, y el 100% de la deuda contraída con el Canal de Isabel II; también se pagará el 100% del crédito pendiente en favor de numerosas empresas por ejecución de obras, suministro de bienes o prestación de servicios; para el crédito a favor de las Radiales UTE se propone una quita del 55,1055%; el crédito ordinario de la AEAT se capitalizará en SEITTSA; para el pago del crédito con las entidades financieras se propone una quita del 50,9778% y lo asume SEITTSA mediante un instrumento financiero con un plazo de vencimiento de 30 años.

69. Las entidades financieras, las empresas constructoras, los accionistas de las sociedades concesionarias, expropiados y cualquier otro acreedor.

La propuesta de convenio-tipo de acreedores elaborada por el Gobierno de España como una solución conjunta al problema de las autopistas de peajes inmersas en procesos concursales parece haber iniciado un camino sin retorno orientado a un final, el de la resolución de los contratos de concesión de obras que articularon la colaboración privada para la construcción y explotación de las autopistas, que, por todos los medios, el Estado ha intentado evitar sin éxito en su pretensión. El Juzgado de Lo Mercantil nº 2 de Madrid ya ha abierto “una espita” por la que puede adivinarse una solución final que dista de la pretensión estatal y pone a las Administraciones públicas concedentes ante un escenario de responsabilidad patrimonial derivada de las resoluciones contractuales que se presenta como irremediable y de difícil asunción en esta coyuntura de crisis en incipiente recuperación. Mediante auto⁷⁰, dictado por el Juzgado con fecha seis de

70. El pronunciamiento del Magistrado no deja margen de maniobra al Estado proponente e, invocando la Sentencia de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de marzo de 2010, señala que: *“Es cierto que el artículo 114.1 de la Ley Concursal no establece distinciones cuando afirma que, presentada la propuesta de convenio, si el juez aprecia algún defecto debe otorgar al proponente la posibilidad de subsanarlo. Pero una cosa es subsanar un defecto y otra, por ejemplo, presentar un convenio que incumple las condiciones de tiempo por estar presentado fuera de plazo o por incurrir en prohibición de contenido que, por su propia naturaleza, son insubsanables en la medida en que, en el primer caso, ya no puede presentarse la propuesta en plazo o, en el segundo, cuando la subsanación exija presentar una propuesta distinta a la inicialmente formulada”*. Son muchas las deficiencias que presentan las propuestas de convenio planteadas por el Abogado del Estado, en nombre de SEITSA, algunas especialmente relevantes como la falta de aprobación previa por el Consejo de Ministros, o cuando menos del Delegado del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, exigida por la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, la Ley 13/2003, de 23 de mayo reguladora del contrato de concesión de obras públicas y la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, sin que baste la autorización del Director General de Carreteras, al necesitar un régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero del sector público estatal y sin que se observen en las propuestas presentadas los requisitos y trámites legales previos necesarios, ya que las propuestas presentadas, implican la extinción del régimen concesional. Especialmente contundente se muestra el auto cuando señala que fuera de su competencia y *“erigiéndose en una forma de ente jurisdiccional con facultades de disposición sobre litigios y de determinación definitiva de la composición de las masas pasivas, que no tienen amparo legal alguno y expresamente prohibido por el artículo 100 de la Ley Concursal”*, dice el Magistrado, se propone una modificación de los textos definitivos del listado de acreedores afirmando la existencia de duplicidad de créditos en los concursos acumulados y tramitados conjuntamente y sin tener en cuenta la resolución de los incidentes concursales que fueron planteados, sin que se espere a la resolución de los recursos de apelación pendientes, ni utilizar las medidas que la propia Ley Concursal brinda, sin que quepa proponerse por tanto quitas del 100%, o lo que es lo mismo, la supresión de créditos reconocidos

febrero de dos mil quince, en el procedimiento concursal de inversora de Autopistas de Levante, S.L. y Autopista Madrid Levante Concesionaria Española, S.A.U., se deja sin efecto la fase de convenio acordada considerando que las propuestas presentadas por el Abogado del Estado, adolecen de una serie de defectos⁷¹ que “hacen inviable su admisión a trámite” y algunos de los cuales resultan insubsanables. Se cuestiona, además, la posibilidad de cumplimiento de los planes de pago y de viabilidad, “desde el mismo momento en que existen créditos contra la masa vencidos y todavía no abonados”, además de entender que se comprometerá “financiación externa para el pago de créditos y cuya firma no se adjunta con las propuestas presentadas”.

Abre, por ello, la fase de liquidación y, sin perjuicio de la posible impugnación de su decisión, coloca los contratos de concesión de obras afectados en el ámbito de aplicación del art. 224.2 del TRLCSP, obligando a la Administración concedente a resolver el contrato con las consecuencias previstas en el art. 271 del Real Decreto Legislativo 3/2011, ya expuestas en este trabajo. En la misma línea, aunque calificando los defectos como subsanables y sin adoptar, de momento, el acuerdo de apertura de la fase de liquidación concursal y en espera de la reacción del Gobierno⁷², el Juz-

y sin perjuicio de que no se ha solicitado autorización de superación de límites de quitas al no estar en el supuesto de la Disposición Transitoria 1ª, 2ª del RDL 11/2014, de 5 de septiembre, además de las vulneraciones del artículo 134 de la Ley Concursal respecto al tratamiento de determinados créditos y en concreto a los subordinados.

71. Además de los ya mencionados, sin duda alguna los más importantes para sustanciar el rechazo de la propuesta, el auto analiza otras deficiencias de las propuestas, así reprocha la vulneración del derecho de audiencia, al asumir una cesión o asunción de la unidad productiva, de los representantes de los trabajadores y en contra de lo previsto en el artículo 100 de la Ley Concursal; las propuestas de convenio presentadas están condicionadas para su efectividad al cumplimiento de una serie de autorizaciones administrativas posteriores que aún no se han producido; en las propuestas de convenio se incluyen una serie de renunciaciones por parte de acreedores y concursada que escapan de la facultad de disposición de la proponente y por consiguiente deberían estar suscritas por los afectados de conformidad con el artículo 99 de la Ley Concursal. Además de las ya mencionadas, todas estas tachas justifican, algunas de las cuales son insubsanables a juicio del Magistrado, justifican la apertura de la fase de liquidación con sus graves consecuencias para la Administración pública concedente, el Estado.
72. Recuérdese que el art. 31.1 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, establece que “... La cesión hecha a un tercero requerirá el previo consentimiento del Gobierno y habrá de ser total...”: asimismo la D.A. 31ª 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, dispone que “...Será necesaria la autorización del Consejo de Ministros para la celebración y, en su caso, modificación y resolución de los contratos de concesión

gado de Lo Mercantil número seis de Madrid, estimando parcialmente el recurso de reposición formulado por Banco Espirito Santo, S.A., sucursal en España, y de Espirito Santo Investment, PLC, ha dictado auto de veintisiete de febrero de dos mil quince requiriendo a SEITTSA para que, en el plazo de dos meses contados de fecha a fecha desde esa resolución subsane los defectos y omisiones⁷³ que impiden admitir la propuesta de convenio formulada por SEITTSA.

El camino sin retorno, al que antes nos referíamos, está abierto y, a estas alturas, se presenta como un destino casi inevitable para el Estado, con consecuencias muy gravosas para las arcas públicas y con una relación de incógnitas difíciles de despejar si, final y necesariamente, las infraestructuras revierten al Estado y, como no puede ser de otra manera, se garan-

de autopistas de competencia estatal...". Por último el art. 158 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre señala que "...Uno. Se autoriza al Consejo de Ministros a constituir una o varias sociedades estatales de las previstas por el artículo 6.1.a) del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, cuyo objeto social sea la construcción y/o explotación de las carreteras estatales que al efecto determine el propio Consejo de Ministros. Dos. Las relaciones entre la Administración General del Estado y las sociedades estatales a las que se refiere el apartado anterior se regularán mediante los correspondientes convenios, previo informe favorable del Ministerio de Economía y Hacienda que habrán de ser autorizados por el Consejo de Ministros...".

73. El auto se convierte en un interminable requerimiento para que SEITTSA subsane los siguientes defectos y omisiones: a) aporte documento o documentos que contenga acuerdo de autorización del Consejo de Ministros para que la sociedad pública adquiera el régimen concesional de las siguientes autopistas titularidad del Estado y explotadas en régimen concesional afectadas; b) emita deuda en forma de instrumentos financieros por plazo de 30 años por el importe necesario para hacer pago completo de las deudas asumidas por el adquirente de las concesiones a través de su propuesta de convenio; c) explote, en régimen de concesionario, las citadas infraestructuras; d) autorice a la concursada a dejar de cumplir los extremos y términos de la concesión administrativa, una vez aprobado judicialmente el convenio; e) para que el Ministerio de Fomento pueda capitalizar en el accionariado de SEITTSA los importes crediticios de cualquier calificación reconocidos a favor de Aquel en los listados definitivos; f) aporte autorización del Consejo de Ministros y/o del Ministerio de Hacienda para la emisión por SEITTSA de tales instrumentos financieros en cuantía suficiente para atender el pago de la totalidad de los créditos asumidos dentro de los seis meses siguientes a la aprobación judicial del último de los convenios; g) modifique las quítas y esperas ofertadas a los acreedores subordinados de la propuesta, para hacerla coincidir con la oferta contractual realizada a los acreedores ordinarios, dentro de los de su misma clase; h) concrete el instrumento o instrumento financiero con que se realizará el pago a los acreedores, esto es, denominación, nacionalidad, valor nominal y de mercado, cotización, rendimientos, subyacentes, negociabilidad y mercado de negociación, duración, así como cualesquiera otras circunstancias que afecten a la identidad del instrumento y su valoración y rendimientos.

tiza la continuidad de su explotación. Los próximos meses servirán para ir despejando algunas de ellas, otras no pueden ser resueltas en tan breve plazo y, todas ellas, nos obligarán a replantear un modelo de colaboración público-privado que tiene menos bondades de las que presumíamos en su diseño original.

El, también, posible rescate de las concesiones no se ha presentado como una mejor solución del problema, supone el fin anticipado de la concesión, y, en su caso, de los contratos de gestión asociados a la explotación principal, y que la infraestructura revierta al Estado para hacerse cargo de su explotación con la obligación de que la Administración concedente indemnice al concesionario por los daños y perjuicios que se le irroguen. El art. 266.3 TRLCAP establece que, para determinar la cuantía de la indemnización, se tengan en cuenta los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir, atendiendo a los resultados de explotación en el último quinquenio cuando resulte posible, y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a aquélla, considerando su grado de amortización. Una vez más el coste, elevadísimo, del rescate, antes del final al que se encaminan los procesos concursales de los contratistas concesionarios, impide que puede pensarse en él como una solución satisfactoria, en términos económicos, de este agobiante problema.

V. “POR SI FUERA POCO”, LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LA ADMINISTRACIÓN EXPROPIANTE ANTE EL IMPAGO DE LOS JUSTIPRECIOS EXPROPIATORIOS POR LAS CONCESSIONARIAS BENEFICIARIAS DE LAS EXPROPIACIONES

La insolvencia de los concesionarios ha abierto un nuevo frente, primero judicial después legal, con el que las Administraciones Públicas concedentes y expropiantes no contaban en el diseño de este potente, también fracasado, modelo de colaboración público-privada.

Numerosos han sido los pronunciamientos judiciales que protegiendo la garantía constitucional de la indemnidad expropiatoria del art. 33.3 de la norma fundamental, el derecho al justiprecio, han condenado a las Administraciones públicas expropiantes al pago de los justiprecios expropiatorios no satisfechos por los concesionarios insolventes. Baste mencionar como ejemplo bien cercano las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha nº 117, de 11 de febrero de 2011, nº 118 y 119, de 11 y 12 de febrero de 2013 respectivamente y, la más reciente, nº 27/2014. Todas ellas forman parte de una serie de pronunciamientos judiciales que, so pretexto de la pretensión de condena contra la inactividad de la Admi-

nistración, establecen la responsabilidad subsidiaria de la Administración pública ante los impagos, por parte de los concesionarios de obra, de los justiprecios expropiatorios fijados por los órganos técnicos de valoración o por los órganos judiciales competentes. La relevancia de este último fallo judicial, la sentencia 27/2014, no sólo reside, a nuestro juicio, en su contribución a consolidar la jurisprudencia ya asentada por la Justicia administrativa en los pronunciamientos anteriores sino también en el hecho de que la misma se dicta después de que el Tribunal Supremo haya resuelto un recurso de casación en interés de la ley, interpuesto por el Abogado del Estado, suplicando a la Sala resolverlo mediante sentencia que fijase la siguiente doctrina legal: *“La declaración de concurso de un beneficiario de la expropiación forzosa no genera por sí sola la responsabilidad patrimonial de la Administración expropiante para el pago del justiprecio. La determinación de la existencia, en su caso, de dicha responsabilidad patrimonial no es ejercitable directamente en los tribunales, sin que previamente se haya instado y tramitado el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial”*. Este recurso de casación, el 1623/2013, se interpone, precisamente, contra la Sentencia de fecha 11 de febrero de 2013, dictada en el recurso contencioso administrativo nº 320/12 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, y se resuelve mediante la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo, la 6268/2013, de diecisiete de diciembre de dos mil trece.

Tal y como señalan las Sentencias mencionadas la Administración no puede escudarse en el devenir del contrato para que, finalmente, la resolución del mismo, a resultas del proceso concursal, traslade a la Administración Pública la obligación de pago del justiprecio insatisfecho. La responsabilidad subsidiaria declarada e impuesta en los fallos judiciales no es una responsabilidad contractual, ni tampoco una responsabilidad patrimonial por daño, y nace directamente de la operación expropiatoria.

Como se puede apreciar los órganos judiciales han desmontado reiteradamente la oposición de la Abogacía del Estado y han construido una sólida jurisprudencia que interpreta la institución expropiatoria sobre la base constitucional del art. 33.3 e insiste en la garantía indemnizatoria como pieza clave de esta institución. La interpretación que de esa garantía constitucional llevan a cabo las Sentencias mencionadas no encuentra obstáculo alguno en la ausencia, entonces, de una norma, expropiatoria o de otro tipo, que atribuyese esa obligación subsidiaria de pago a la Administración concedente ante la insolvencia de los concesionarios beneficiarios.

Como ya hemos anticipado la doctrina judicial generada sobre esta cuestión motivó varias modificaciones legales que han llevado a la letra de la ley, a mi juicio con reservas, las consecuencias derivadas del conflicto. El Real Decreto Ley 1/2014, de 24 de enero, de reforma en materia de infraestructuras y transporte, y otras medidas económicas, publicado el pasado día 25 de enero del año 2014 con un marcado carácter urgente, impuso importantes obligaciones de pago a unas arcas públicas notablemente mermadas y dirigidas, en este caso, a amortiguar las indeseables consecuencias de esa insolvencia empresarial de los concesionarios. Esta norma llevó a cabo dos modificaciones legales que deben entenderse como una consecuencia necesaria de la doctrina judicial urdida en esos fallos y hoy positivizada, al menos en sus consecuencias, en las modificaciones que llevó a cabo el mencionado Real Decreto-Ley 1/2014, de 24 de Enero, de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, y del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

En el primer cuerpo legal se modifica el apartado dos del artículo diecisiete, en el que ahora se establece que *“Dos. En el procedimiento expropiatorio, el concesionario asumirá los derechos y obligaciones del beneficiario y, en consecuencia, satisfará las indemnizaciones de toda índole que procedan por razón de las expropiaciones y ocupaciones temporales necesarias para la ejecución del proyecto. No obstante, si el concesionario no cumpliera dichas obligaciones y en virtud de resolución judicial, cualquiera que fuera su fecha, el Estado tuviera que hacerse cargo de abonar tales indemnizaciones a los expropiados, éste quedará subrogado en el crédito del expropiado. En todo caso, desde el momento en que se declare la obligación de pago a cargo del Estado, las cantidades que no le sean reembolsadas minorarán el importe global que corresponda en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración”*.

La modificación de la Ley de Contratos del sector Público supuso la adición de un nuevo apartado 7, en el artículo 271 del Real Decreto Legislativo 3/2011, del siguiente tenor literal:

“7. Si el concesionario no cumpliera con las obligaciones del beneficiario en las expropiaciones y en virtud de resolución judicial, cualquiera que fuera su fecha, la Administración concedente tuviera que hacerse cargo de abonar las indemnizaciones a los expropiados, ésta quedará subrogada en el crédito del expropiado.

En todo caso, desde el momento en que se declare la obligación de pago a cargo de la Administración concedente, las cantidades que no le sean reembolsadas

minorarán el importe global que corresponda de conformidad con lo dispuesto en el apartado primero de este artículo”.

Sin duda alguna este régimen, primero judicial y ahora legal, no estaba en los planteamientos iniciales de las Administraciones que expropiaron en beneficio de los concesionarios de obra pública. La insolvencia de contratistas ha generado para las Administraciones concedentes, en sustitución de los beneficiarios de las expropiaciones llevadas a cabo para adquirir los terrenos en los que asentaron las infraestructuras, la obligación de asumir el pago de los justiprecios expropiatorios pendientes adquiriendo, con ello, el crédito, prima facie insatisfecho, de los expropiados contra los beneficiarios de la expropiación. El pago impuesto por las normas se compensará en la liquidación de la responsabilidad patrimonial que pesa sobre las Administraciones concedentes al término de la relación contractual minorando el importe global que por este concepto corresponda.

Son muchas las razones⁷⁴ que los órganos judiciales arguyen para establecer la responsabilidad subsidiaria de las administraciones expropiantes y buena parte de ellas parecen incontestables, finalmente la garantía constitucional a la indemnidad patrimonial de los expropiados goza de una vis atractiva que minimiza los efectos de la relación contractual y opera al margen del régimen concursal que corresponde a los concesionarios de obra pública en situación de insolvencia empresarial formalmente declarada. Sobre esta cuestión volveremos cuando el curso natural de los contratos en cuestión nos ofrezca un resultado final que nos permita cerrar, ya veremos cómo, esta relación de colaboración público-privado con resultados tan gravosos como inesperados en unos planes económico financieros que no contemplaban un escenario económico, a corto plazo, como el que nos ha tocado vivir en los últimos diez años.

74. Como señala la Sala, FJ quinto, STSJ de Castilla-La Mancha 27/2014 *“la responsabilidad expropiatoria de la Administración derivaría de la propia configuración de la institución expropiatoria con beneficiario, en la que la Administración es quien decide la ejecución de la obra, la Administración es quien selecciona al contratista que ahora no paga, la Administración es quien ejerce la potestad expropiatoria a favor de tal contratista y priva de sus bienes a los expropiados, la Administración es quien decide aplicar el procedimiento de urgencia que provoca que la ocupación y la ejecución de la obra sean previas a la fijación y pago del justiprecio, generándose así la actual situación, la Administración es quien, en el caso de los procedimientos nulos, provoca tal nulidad, la Administración es quien resulta titular de los bienes expropiados, la Administración es quien fijó los justiprecios que ahora no se pagan, y la Administración es quien no agotó todas las medidas coercitivas y ejecutivas que estaban en su mano para conseguir que la beneficiaria de la expropiación pagase a los propietarios afectados”.*

VI. A MODO DE CONCLUSIONES

Nuestro trabajo no puede servir para cuestionar la utilidad del modelo de colaboración público-privado que ha servido para desarrollar, con más o menos intensidad en cada momento histórico, buena parte de las grandes infraestructuras de transporte de personas y bienes que hoy disfrutamos como elementos integrantes de la modernidad de nuestro país y como instrumentos estratégicos dirigidos, por los diferentes Gobiernos, a conseguir la denominada cohesión económica y social y a eliminar, con ello, las desigualdades económicas, y las derivadas de ellas, que existen entre las diferentes regiones españolas. No es esa su finalidad.

La colaboración privada en la financiación de las infraestructuras públicas a la que nos referimos se ha presentado como imprescindible para desarrollar obras y políticas públicas y compensar las limitaciones presupuestarias que los poderes públicos arrastran en un escenario de crisis marcado por la ralentización de la actividad económica y la debilidad del empleo. Ha sido necesaria para cumplir, también, con el objetivo de convergencia económica fruto de los compromisos asumidos por nuestro país en el marco europeo.

Pretendemos, más bien, dar buena cuenta de los efectos, tan perversos como inesperados, que el modelo ha generado, víctima de una imprevisión, política y empresarial, que ha calculado a corto plazo sin fijar las bases para la solución de un eventual fracaso general del modelo de dimensiones, económicas, realmente gravosas. A nadie se le oculta que en la planificación económico-financiera de estas operaciones ha habido un derroche de optimismo y que la contratación pública articulada para su ejecución sufre las consecuencias generadas por la aplicación de un marco jurídico que no fue concebido para soportar un “test de estrés” como el que afecta a los pilares de la economía española de la última década.

El fracaso de las explotaciones en régimen de concesión, desequilibradas casi desde su nacimiento, por los resultados de un negocio que nada tienen que ver con las previsiones realizadas sobre el papel y que han provocado un verdadero desfile de medidas e instrumentos de reequilibrio concesional que, desde el Estado, han pretendido evitar un desenlace que, hoy, parece ya cercano, los sobrecostes expropiatorios, la decepcionante intensidad media de uso de las infraestructuras por ciudadanos que, sacudidos también por la crisis, buscan las alternativas gratuitas que ofrece nuestra red viaria, la vis atractiva del derecho concursal a la hora de gestionar la insolvencia de los concesionarios buscando soluciones mercantiles que pueden resultar contraproducentes o incompatibles con los intereses

generales y públicos, toda esta secuencia de elementos y situaciones se han transformado en un lastre pesado, insoportable, para, desde el respeto a la legalidad vigente, alcanzar una solución satisfactoria para los intereses públicos. El desenlace está ya anunciado y parece que no queda más que apurar los plazos y trámites en los procesos concursales para que la apertura, cuando así se acuerde por los Juzgados de Lo Mercantil, de la fase de liquidación concursal imponga a la Administraciones concedentes la resolución, *ope legis*, de unos contratos públicos fracasados con las gravísimas consecuencias económicas que por responsabilidad patrimonial van a tener que asumir.

Ni la supresión de instrumentos de colaboración privada, véase que con el anteproyecto de ley de contratos ponemos término a la poco fértil andadura del contrato de colaboración público-privado y liquidamos la compleja regulación del contrato de gestión de servicios públicos, ni con la potenciación y mejora técnica del contrato de concesión, en el futuro no sólo de obras sino también de servicios, parece que podamos resolver los graves problemas que esta colaboración ha generado. Las soluciones a estos problemas están, a nuestro juicio, más cerca de la prudencia política y el buen cálculo del riesgo empresarial, el operacional, que de la perfección y mejora de un ordenamiento, el contractual público, que no ha sido más que un instrumento útil para dar forma a un modelo que, varias décadas después, nos ha colocado en una situación de bastante más gravedad, económica, que la que percibimos.

Sin ser la cuestión principal en este debate, la protección constitucional de la indemnidad patrimonial de los expropiados ha provocado una verdadera innovación jurídica en nuestro ordenamiento, adicionando al desastre económico resultado de la explotación de las infraestructuras la obligación, para las Administraciones públicas expropiantes y concedentes, de responder subsidiariamente, y previa condena judicial, de los justiprecios no abonados por los concesionarios, beneficiarios de las interminables expropiaciones exigidas para la ejecución de las infraestructuras. La figura judicial, a nuestro juicio, tendrá mucho más recorrido con su extensión a operaciones expropiatorias que no se justifican por la necesidad de desarrollar infraestructuras en régimen de concesión, ello hace manifiestamente insuficiente las tímidas modificaciones llevadas a cabo en el régimen contractual y aconsejable el reflejo de esta doctrina en la legislación expropiatoria. Tampoco merece un juicio positivo la exigencia de condena judicial previa para que opere la responsabilidad subsidiaria de las Administraciones públicas expropiantes ante los impagos de justiprecios por los concesionarios beneficiarios cuya insolvencia, en muchos de

los supuestos, es, objetivamente, de fácil constatación, se trata de una carga de difícil justificación que ha de frenar, en ocasiones de manera determinante, unas pretensiones de cobro del justiprecio que hoy cuentan con un apoyo constitucional reforzado e incompatible con reglas que demoren y dificulten su reconocimiento y pago.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AMENÓS ÁLAMO, J. y J. E. NIETO MORENO, “La languideciente vida del principio de equilibrio económico frente a riesgos imprevisibles en la contratación pública”, *REDA*, núm. 156.
- ARIMANY LAMOGLIA, E., “El equilibrio económico financiero de la concesión de obra pública: a propósito de la sentencia del tribunal supremo autopsista Madrid-Toledo (ap-41)”, número extraordinario del año 2011 en *Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*.
- ASENCIO PASCUAL, C., “El concurso de acreedores de la sociedad concesionaria”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 16, 2012.
- BARRERO GONZÁLEZ, E., “La incidencia de la Ley en los contratos administrativos”, en AA.VV., en *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- BERNAL BLAY, M. A., *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas paraconcesionales*, Civitas, Cizur Menor, 2011.
- BLANQUER CRIADO, D., *Los contratos del Sector Público*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- CABREJAS GUIJARRO, M. del M., “Concurso voluntario. Comunicación previa: efectos”, *CEFLEGAL*, núm. 107, Dic., 2009.
- CARLÓN RUIZ, M., “Las administraciones públicas ante el fenómeno concursal: algunas reflexiones al hilo de la nueva ley”, *Revista de Administración Pública*, núm. 164, Mayo-agosto, 2004.
- CERVERA MARTÍNEZ, M., “La resolución de los contratos en el concurso”, *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 23, Encuentro de la Sala Primera del Tribunal Supremo con magistrados/as de lo mercantil, Consejo General del Poder Judicial, 2011.
- CHINCHILLA MARÍN, C., “La insolvencia del contratista de las administraciones públicas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 69, 2004.

- DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Contratos del sector público y concurso de acreedores*, Ed. La Ley, Madrid, 2011.
- “Algunas respuestas a la crisis desde la legislación de contratos del sector público”, en *Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo Palma de Mallorca (El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo derecho administrativo)*, 11 y 12 de febrero de 2011, Coord. Avelino BLASCO ESTEVE, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, MADRID, 2012.
- DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Manual práctico de Derecho concursal*, Ediciones Experiencia, S.L., Barcelona, 2012.
- 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, Sección Reflexiones, Octubre, Ed. LA LEY, LA LEY 10688/2010.
- DÍAZ LEMA, J. M., “Contratos públicos versus contratos administrativos: ¿es conveniente mantener la duplicidad de la Ley de contratos del sector público?”, *REDA*, n° 141, 2009.
- DÍAZ PÉREZ, J., “Retos de la colaboración público-privada para el desarrollo de infraestructuras públicas (PPP)”, en *Boletín Económico de ICE* N° 3012, del 1 al 30 de junio de 2011, p. 17 y 18.
- DOMÍNGUEZ ALONSO, A. P. y MORENO MOLINA, J. A., “La invalidez de los contratos públicos”, en *La Contratación Pública. Instituciones Básicas: Concepto y Fundamentos*, Ed. CEFIG, Lima (Perú), 2013.
- ETXARANDIO HERRERA, E., *Manual de Derecho Concursal*, Ed. La Ley, Madrid, 2009.
- FERNÁNDEZ TORRES, I., “Concurso y contratos con el sector público en el marco Real Decreto 3/2009 y de la nueva Ley de Contratos con el Sector Público”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 11, Sección Varia, Segundo semestre de 2009.
- FUERTES, M., “Los riesgos del riesgo de explotación”, en obra colectiva *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 197-239.

- GALLEGO CÓRCOLES, I., “La renuncia al contrato por parte del empresario”, en *Observatorio de contratos públicos 2012*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., “La resolución de los contratos en la ley 30/2007, de contratos del sector público”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 14, julio-diciembre, 2010, p. 166. Conferencia impartida en las XI Jornadas de la Función Consultiva organizadas en Murcia los días 21 al 24 de octubre de 2009.
- GARCÍA VILLAVERDE, R., “La nueva administración judicial de empresas embargadas”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 34, 2001.
- 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*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- “La Ley de Contratos del Sector Público: una norma en movimiento”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 799/2010 (Tribuna), Editorial Aranzadi SA, Pamplona, 2010.
 - “Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo* 159, Julio – Septiembre 2013.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “La liquidación concursal anticipada”, *RDM*, nº 274, 2009.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *Colaboración público privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, Marcial Pons, Madrid 2010.
- JUAN LOZANO, A. M. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos. Una aproximación desde los principios jurídico-financieros*, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2006.
- LAZO VITORIA, X., “Contratos de concesión de obras y de servicios: las líneas fundamentales de la propuesta de nueva directiva comunitaria”, *Práctica Contratación Administrativa* nº. 129, año 14, enero-febrero de 2014, La Ley, Madrid 2014.
- LINARES GIL, M. I., “Concurso de acreedores y contratación administrativa tras el Rea Decreto-ley 6/2010”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 14, 2011.
- MAGÁN PERALES, J. M. A., “La construcción de infraestructuras varias en España: carreteras, autopistas y sus planes”, en la obra colectiva *El con-*

- trato de concesión de obras públicas en la ley de contratos del sector público*, dir. FRANCISCO PUERTA SEGUIDO, edit. La Ley, Madrid 2009, p. 256.
- OGANDO DELGADO, M. Á., “Efectos sobre el deudor de la declaración del concurso”, en *Estudios sobre la nueva legislación concursal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- MORENO MOLINA, J. A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*, Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012.
- MORENO MOLINA, J. A., *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos*, Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2010.
- *Derecho global de la contratación pública*, Ubijus, Asociación Internacional de Derecho Administrativo y Foro Mundial de Jóvenes Administrativistas, México D.F. (México), 2011.
- MUÑOZ VILLARREAL, A., “El requisito de probar la insolvencia del deudor”, en *Noticias Jurídicas*, 03/2012, <http://noticias.juridicas.com/articulos/50-Derecho%20Mercantil/201203-3272725429425.html>, (última entrada 1/08/13).
- PALAO UCEDA, J., *La insolvencia inminente y el sistema concursal preventivo*, Ed. Editorial Bosch, Barcelona, 2013.
- PULGAR EZQUERRA, J., “El presupuesto objetivo del concurso de acreedores”, en *El concurso de acreedores (Adaptado a la ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la ley Concursal)*, Dirección Juana PULGAR EZQUERRA, Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012.
- PUNZÓN MORALEDA, J. y PUERTA SEGUIDO, F., “Procesos concursales y contratación pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 161, Edit. Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2014.
- PUNZÓN MORALEDA, J. y F. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, “El equilibrio económico en los contratos públicos”, en el *Observatorio de contratos públicos 2011*, obra colectiva, Cizur Menor, 2012.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Algunos pasos para mejorar la situación del concursado en fase de cumplimiento del Convenio”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4/2010 (Comentario), Ed. Aranzadi, SA, Pamplona, 2010.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Las relaciones de trabajo ante la novación del concesionario de obra pública”, *Diario La Ley*, N° 6797, Sección Doctrina, 10 de octubre, Año XXVIII, Ref. D-214, Ed. La Ley 2010.

- RAMOS PÉREZ-OLIVARES, A., “Las consecuencias de la declaración de concurso de acreedores de licitadores y contratistas públicos”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 121, Sección Reflexiones, del 1 Sep. al 31 Dic. 2012.
- REBOLLO FUENTE, A., “El nuevo marco práctico y legal para el desarrollo de las infraestructuras mediante asociaciones público-privadas y medidas de intervención financiera”, *Revista Infra-estructura*, Deloitte, julio, 2010.
- RIDAO I MARTÍN, J., “La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras de servicio público. Revisión crítica y alternativas al actual marco regulador”. *Revista catalana de dret públic*. Núm. 45, 2012.
- SOLAZ SOLAZ, E., *Enciclopedia jurídica*, La Ley, Madrid, 2009.
- TEROL GÓMEZ, R., “Reformas puntuales de la Ley de contratos del sector público en el contexto de las medidas de 2010 contra la crisis económica, el fomento del empleo y otros objetivos”, en obra colectiva *El nuevo marco de la contratación pública*, Dirigida por Luciano PAREJO ALFONSO y Alberto PALOMAR OLMEDA, Ed. BOSCH, Barcelona 2012.
- VEGA LABELLA, J. I. (Coordinador), *Régimen jurídico de la construcción y explotación de obras públicas*, Edita DAPP Publicaciones Jurídicas, S.L. Pamplona 2012, p. 331.

Capítulo V

La regulación europea de las prohibiciones de contratar y su aplicación según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

TERESA MEDINA ARNÁIZ
Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de Burgos

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR EN LA REGULACIÓN EUROPEA. 1. *Los motivos de exclusión obligatorios*. 2. *Los motivos de exclusión potestativos*. III. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU APLICACIÓN A LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR. IV. LOS COMPORTAMIENTOS QUE AFECTAN A LA CREDIBILIDAD PROFESIONAL DEL CANDIDATO O LICITADOR Y QUE PUEDEN HABILITAR UNA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR. V. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El bloque normativo de la Unión Europea en materia de contratos públicos se fundamenta en dos tipos de fuentes: el Derecho originario o primario del cual emanan los grandes principios que cimentan dicha normativa, y el Derecho derivado, integrado, principalmente, por Directivas que aspiran a una aproximación de los ordenamientos nacionales de los Es-

* Esta aportación al libro del Observatorio tiene su origen en la Comunicación presentada a la ponencia sobre Las nuevas Directivas de Contratación Pública en el X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Madrid 6-7 febrero de 2015.

tados miembros en esta materia. Su objetivo principal consiste en eliminar las restricciones a las libertades fundamentales y favorecer una competencia no falseada y lo más amplia posible en todos los Estados miembros¹.

En la conformación de este marco jurídico, es preciso también poner de relieve que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) viene desempeñando un papel fundamental en el desarrollo de la regulación europea sobre contratos públicos contribuyendo a formar un verdadero *corpus iuris* en esta materia². En particular, y a los efectos de este trabajo, el Tribunal de Justicia viene aclarando ciertos conceptos confusos e insistiendo en la necesidad de respeto a las obligaciones que derivan del Derecho de la Unión cuando por parte de las normativas internas de los Estados miembros se prevean –como es el caso que nos ocupa– restricciones a la aptitud para contratar, especialmente, respecto de las prohibiciones de contratar y de la identificación de las circunstancias en las que se producen conflictos de intereses³.

El examen de las causas de prohibición de contratar en la regulación contractual de los Estados miembros ha puesto de relieve una serie de problemas de adecuación con el Derecho europeo. Las dudas interpretativas provienen de la propia indefinición de las Directivas respecto de conceptos como eran el de «moralidad profesional» expresados en el artículo 45.1 de la derogada Directiva 2004/18/CE y en el todavía vigente artículo 39.2.c) de la Directiva 2009/81/CE, relativa a la contratación en los sectores de la defensa y seguridad; o como sigue siendo el de «falta profesional grave», recogido en el artículo 38.7.c) de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero,

1. En este sentido, puede consultarse las sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2014, *Data Medical Service*, C-568/13, apartado 34; de 23 de diciembre de 2009, *CoNISMa*, C-305/08, Rec. p. I-12129, apartado 37; de 19 de mayo de 2009, *Assitur*, C-538/07, Rec. p. I-4219, apartado 26; de 24 de enero de 2008, *Lianakis*, C-532/06, Rec. p. I-251, apartado 39 y de 13 de noviembre de 2007, *Comisión/Irlanda*, C-507/03, Rec. p. I-9777, apartado 27.
2. 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 y MORENO MOLINA, J. A. y DOMÍNGUEZ ALONSO, A. P.: “El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública”, en el libro colectivo *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014, p. 139.
3. Recordemos que los conflictos de intereses pueden conllevar la exclusión de un licitador o candidato del procedimiento de adjudicación contractual, pero que, en cualquier caso, los poderes adjudicadores están obligados a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a estos conflictos. Véase la sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015, *eVigilo*, C-538/13.

relativa a la adjudicación de contratos de concesión («contratos de concesión»)⁴ y en el artículo 57.4.c) la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública («sectores clásicos»).

Esta ausencia de calificación conceptual no es exclusiva de las Directivas sobre contratación pública ya que, hemos de destacar que al margen de ellas, los términos utilizados por la normativa de la Unión para referirse a estas prohibiciones resultan de lo más variado y aluden a la «conducta profesional», «honestidad profesional» y «ética profesional» del candidato o licitador, como sucede por ejemplo en el Reglamento 966/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión⁵; en el Reglamento de adquisiciones del Banco Central Europeo⁶ o en la Decisión 2004/658/PESC, de 13 de septiembre, relativa a las disposiciones financieras aplicables al presupuesto general de la Agencia Europea de Defensa⁷.

Este trabajo aborda la regulación europea de las prohibiciones de contratar y la interpretación que de las causas de exclusión de la participación en un contrato lleva a cabo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en alguna de sus últimas sentencias⁸. Estas sentencias, aunque tienen su origen en distintas peticiones de decisión prejudicial respecto de diferentes aspectos vinculados al artículo 45 de la Directiva 2004/18/CE, nos ayudarán a reflexionar sobre las conductas del candidato o licitador que determinan la pérdida de la credibilidad necesaria para llegar a ser contratista y que también encuentran acomodo en las nuevas Directivas sobre esta materia.

A este respecto, hay que señalar que la normativa sobre contratación pública –estatal y europea– exige el cumplimiento previo de ciertos requi-

4. En la versión española de la Directiva 2014/23/UE, encontramos la expresión «falta grave de ética profesional» en su considerando septuagésimo; sin embargo, otras versiones están desprovistas del contenido ético refiriéndose únicamente a *grave professional misconduct* (inglesa), *faute professionnelle grave* (francesa) o *grave violazione dei doveri professionali* (italiana).

5. DOUE L 298, de 26 de octubre de 2012.

6. DOUE L 184, de 14 de julio de 2007.

7. DOUE L 300, de 29 de septiembre de 2004.

8. Sentencias de 18 de diciembre de 2014, *Generali-Providencia Biztosító*, C-470/13; de 11 de diciembre de 2014, *Croce Amica One Italia*, C-440/13; de 6 de noviembre de 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13 y de 10 de julio de 2014, *Consorzio Stabile Lavori Pubblici*, C-358/12.

Hay que hacer constar que en relación a este mismo tema, queda pendiente de resolución la petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (Italia) el 17 de septiembre de 2014, C-425/14.

sitos de capacidad y de solvencia para poder contratar con las entidades del sector público. La finalidad de estos requisitos de admisión es la de garantizar la idoneidad del contratista para asumir las obligaciones derivadas del contrato y asegurar, de esta manera, que su ejecución se va a llevar a cabo con garantías de éxito.

De este modo, la selección del contratista se efectúa sobre la base de la situación personal del candidato o licitador y de su capacidad para desarrollar las prestaciones objeto del contrato (los conocidos como «criterios de selección cualitativa»)⁹. Esta mención normativa vincula la adjudicación del contrato a la verificación de la aptitud de los operadores económicos para poder contratar, asegurando que los poderes adjudicadores celebren sus contratos con sujetos «fiables» e impidiendo que se puedan adjudicar a quienes no demuestran la necesaria integridad moral y profesional¹⁰. Con su exclusión del procedimiento de adjudicación se protege a los órganos de contratación de los “operadores económicos deshonestos”¹¹, a la vez que, de algún modo, se desincentiva el quebrantamiento de la legalidad vigente, puesto que los operadores económicos conocen que el actuar de una manera concreta puede suponer su salida temporal del mercado público.

En atención a ello, la normativa contractual europea posibilita que un operador económico sea excluido del procedimiento de adjudicación si existen circunstancias que comprometen su integridad y/o ha dado muestras de no ser fiable. Es así que, el considerando septuagésimo de la de

-
9. Con carácter general, los requisitos de participación en un procedimiento de adjudicación se señalan en el artículo 38 de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión («contratos de concesión»); en los artículos 56 y 58 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública («sectores clásicos»); y en los artículos 76 y 78 de la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales («sectores especiales»). Por su parte, el artículo 54 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), exige como condiciones de aptitud para poder contratar con el sector público, además de contar con plena capacidad de obrar y acreditar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional (o la clasificación cuando proceda), no hallarse incurso en prohibiciones de contratar.
 10. Nuestro Tribunal Supremo utiliza la denominación de «capacidad moral» para referirse a los supuestos de prohibición de contratar en sus sentencias de 24 de noviembre de 2004 (Ref. Arz. 2004, 8061); de 2 de febrero de 2005 (Ref. Arz. 2005, 1650), de 28 de marzo de 2006 (Ref. Arz. 2006, 5062), de 11 de julio de 2006 (Ref. Arz. 2006, 8471) y de 21 de marzo de 2007 (Ref. Arz. 2007, 4043).
 11. Al hablar de licitadores deshonestos hago uso de la expresión utilizada por el *Libro Verde sobre la modernización del mercado europeo de la contratación pública*, COM (2011) 15 final, de 27 de enero de 2011.

la Directiva 2014/23/UE («contratos de concesión»), el centésimo primero de la de la Directiva 2014/24/UE («sectores clásicos») y el centésimo sexto de la Directiva 2014/25/UE («sectores especiales») precisan que “una falta profesional grave puede poner en tela de juicio la integridad de un operador económico y por tanto hacerle no apto para ser adjudicatario de un contrato público, con independencia de si, en otros aspectos, pueda disponer de capacidad técnica y económica para ejecutar el contrato”¹².

El objeto de este trabajo es la interpretación que el TJUE ofrece de la expresión «falta grave en materia profesional» respecto de los motivos que permiten excluir a un operador económico de la participación en un contrato público por razones relacionadas con su actividad profesional. Esta interpretación puede servir de guía a los Estados miembros en su labor de transposición, puesto que, en último extremo, corresponde a los ordenamientos jurídicos nacionales configurar la regulación y las condiciones de aplicación de las causas de prohibición de contratar en atención a los motivos de exclusión recogidos en las vigentes Directivas.

Esta tarea nos lleva, en primer lugar, a examinar las causas de prohibiciones de contratar –diferenciando los motivos de exclusión obligatorios de los potestativos para los Estados miembros–, para después contemplar la admisibilidad de las circunstancias facultativas a la luz de los principios del Derecho de la Unión, y en especial del principio de proporcionalidad que limita el ejercicio de su facultad de apreciación.

II. LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR EN LA REGULACIÓN EUROPEA

Las prohibiciones de contratar son medidas que limitan la actuación de una persona física o jurídica en ciertas actividades. Aplicadas al ámbito de la contratación pública, se configuran en actos limitativos del derecho a participar en los procedimientos de contratación pública, de tal manera que pueden definirse como impedimentos para poder contratar a quienes incurran en una serie de circunstancias¹³.

12. Estos considerandos contribuyen a la interpretación sobre el alcance de estos conceptos en la legislación, pero como considerandos que son, carecen en sí mismos de valor jurídico vinculante (STJUE de 19 de junio de 2014, *Karen Millen Fashions*, C-345/13, apartado 31 y jurisprudencia allí citada).

13. En el ámbito jurisprudencial español, las prohibiciones de contratar han sido calificadas como medidas de garantía del interés público, como tachas negativas que impiden la contratación, que carecen de naturaleza sancionadora aun cuando limitan derechos, y que constituyen materia reservada a la ley (SSTS de 28 de marzo de 2006 (rec. 4907/2003); de 31 de mayo de 2007 (rec. 9762/2004); de 1 de

Las vigentes Directivas sobre contratación pública contienen una enumeración exhaustiva de las circunstancias por las cuales un licitador o candidato debe, en unos casos («motivos obligatorios»), y puede en otros («motivos facultativos») ser excluido de un procedimiento de licitación (artículo 38 de la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE y artículo 80 de la Directiva 2014/25/UE)¹⁴.

1. LOS MOTIVOS DE EXCLUSIÓN OBLIGATORIOS

La exclusión obligatoria de los procesos de contratación pública se prevé tanto (i) para los incumplimientos del operador económico de sus obligaciones en lo que se refiere al pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social, cuando estos incumplimientos hayan sido acreditados en una resolución judicial o administrativa firme y vinculante; (ii) como para quienes hubieran sido condenados en sentencia judicial firme por fraude, corrupción, blanqueo de capitales, terrorismo, trabajo infantil y otras formas de trata de seres humanos o bien por participar en una organización delictiva (artículo 57.1 de la Directiva sobre contratación pública («sectores clásicos») y el artículo 38.4 de la Directiva sobre concesiones).

El artículo 57.1 de la Directiva 2014/24/UE, dispone que: *Los poderes adjudicadores excluirán a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando hayan determinado mediante la comprobación a que se refieren los artículos 59, 60 y 61, o tengan constancia de algún otro modo de que dicho operador económico ha sido condenado mediante sentencia firme por uno de los siguientes motivos:*

- a) *participación en una organización delictiva, tal como se define en el artículo 2 de la Decisión marco 2008/841/JAI del Consejo;*
- b) *corrupción, tal como se define en el artículo 3 del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea y en el artículo 2, apartado 1, de la Decisión marco*

junio de 2007 (rec. 11052/2004) y de 18 de mayo de 2011 (rec. 1365/2008); sentencias AN de 2 de diciembre de 2010 (rec. 485/2007); de 15 de diciembre de 2011 (rec. 18/2011) y de 15 de abril de 2013 (rec. 436/2012).

14. Estas exclusiones no son novedosas en las Directivas sobre contratación pública, puesto que desde la aprobación de la Directiva 71/305/CEE (obras), se contempla la posibilidad de excluir de los procedimientos de contratación pública a aquellos licitadores o candidatos incurso en determinadas circunstancias merecedoras de falta de fiabilidad.

2003/568/JAI del Consejo, o corrupción tal como se defina en la legislación nacional del poder adjudicador o del operador económico;

- c) fraude, en el sentido del artículo 1 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas;
- d) delito de terrorismo o delito ligado a las actividades terroristas, según se definen, respectivamente, en los artículos 1 y 3 de la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, o inducción, complicidad o tentativa de cometer un delito, tal como se contempla en el artículo 4 de la citada Decisión marco; e) blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, tal y como se definen en el artículo 1 de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo;
- f) trabajo infantil y otras formas de trata de seres humanos, tal como se definen en el artículo 2 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Bajo este tenor, impedir en todos los Estados miembros la participación en las licitaciones públicas a quienes han sido condenados por incurrir en determinadas actividades delictivas, puede entenderse no sólo como un modo de preservar los principios que rigen la contratación pública y asegurar con ello una competencia real en los procedimientos de adjudicación contractual, sino también, y en último término, como uno de los instrumentos con los que prevenir actividades ilegales y luchar contra sus distintas manifestaciones¹⁵.

En efecto, la importancia de estas prohibiciones de contratar como instrumento para combatir el fraude, el favoritismo y la corrupción e impedir otras prácticas irregulares en la contratación pública ha sido puesta de manifiesto por diferentes autores que aludían bien a su naturaleza preventiva, bien a su carácter aflictivo manifestado, al margen de la propia condena penal, en daños en la reputación de la empresa y en el menoscabo económico que supone dejar de contratar con los poderes públicos¹⁶.

15. En esta misma línea, el citado *Libro Verde sobre la modernización del mercado europeo de la contratación pública* (2011) p. 56, manifiesta que “la exclusión de los licitadores que sean culpables de corrupción y, más en general, de falta profesional («inhabilitación»), es un arma poderosa para castigar –y también, en cierta medida para impedir– los comportamientos empresariales ilícitos”.

Este compromiso de lucha se recoge también en el Borrador de Anteproyecto de una nueva Ley de Contratos del Sector público –dado a conocer en marzo de 2015– al pretender que el legislador español incorpore a la normativa contractual una disposición específica acerca de la lucha contra la corrupción y la prevención de los conflictos de intereses (artículo 64).

16. Entre muchos otros, PISELLI, E.: “The scope for excluding providers who have committed criminal offences under the EU Procurement Directives”, *Public Pro-*

Ahora bien, sin poner en cuestión la relevancia de estas prohibiciones, sí resulta cuestionable –tal y como están concebidas– su eficacia como mecanismos que aporten una plusvalía real al empeño de luchar contra estas conductas delictivas, ya que su puesta en práctica –como ya hemos manifestado en distintas ocasiones– se enfrenta a distintos obstáculos que plantean dificultades en su aplicación¹⁷.

Así pues, aunque es cierto que potencialmente representan un avance respecto de la legislación anterior, sus efectos se desvirtúan ante aspectos tan concretos como son: (i) la falta de calificación común respecto de los elementos integradores de las infracciones penales que dan soporte a estas prohibiciones, puesto que la definición de dichas conductas delictivas se lleva a cabo por remisiones normativas a instrumentos jurídicos europeos, (ii) la falta de conocimiento de las condenas que habilitan dicha exclusión e, incluso, con respecto a las personas jurídicas, (iii) una falta de reconocimiento de responsabilidad penal en todos los Estados miembros o la ausencia de un régimen procesal específico que posibilite su condena. Por estas razones, y en mi opinión, las prohibiciones de contratar de carácter obligatorio resultan, cuando menos, poco efectivas mientras los órganos de contratación no puedan conocer las condenas penales por estos hechos delictivos.

2. LOS MOTIVOS DE EXCLUSIÓN FACULTATIVOS

Bajo la consideración de prohibiciones de contratar facultativas podemos agrupar toda una serie de conductas que pueden suponer –si así

urement Law Review, vol. 9 (6), 2000, pp. 267-286; WILLIAMS-ELEGBE, S.: *Fighting corruption in public procurement: A comparative analysis of disqualification measures* Hart Publishing, Oxford, 2012; SÁNCHEZ GRAELLS, A.: “Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing in the New Public Sector Procurement Directive 2014/24”, en la obra colectiva *Modernising Public Procurement: The New Directive*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2014, pp. 97-129 y PRIESS, H. J.: “The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive”, *Public Procurement Law Review*, vol. 23 (3), 2014, pp. 112-123. También –pero en el ámbito nacional– 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”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 147, julio-septiembre 2010, pp. 517-535, y GALLEGO CÓRCOLES, I.: “La prevención de la corrupción en la contratación pública”, en la obra colectiva *Public Compliance: Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2014, pp. 61-92.

17. MEDINA ARNÁIZ, T.: “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”, *Diario La Ley*, n° 7382, abril 2010, y en “Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española”, en la obra colectiva *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Thomson-Aranzadi, 2014, pp. 299-344.

se contemplara por parte de las normativas nacionales– la exclusión del procedimiento de adjudicación de un contrato público a quienes se hallen incurso en ellas (artículo 574 de la Directiva sobre contratación pública («sectores clásicos») y el artículo 38.4 de la Directiva sobre concesiones).

En este supuesto, las conductas que impiden la contratación se vinculan a la falta de idoneidad profesional, económica y personal del licitador o candidato bien por: (i) encontrarse en una situación económica de quiebra, insolvencia o liquidación; (ii) por haber incumplido sus obligaciones –incluidas, como tendremos ocasión de examinar, las obligaciones medioambientales o sociales, las relacionadas con el pago de impuestos o de cotizaciones a la seguridad social o por incumplimiento de contratos anteriores– (iii) por distintos falseamientos (iv) o bien por la comisión de una «falta grave en materia profesional».

Así, el artículo 574 de la Directiva sobre contratación pública dispone que: *“Los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, en cualquiera de las siguientes situaciones:*

- a) *cuando el poder adjudicador pueda demostrar por cualquier medio apropiado que se han incumplido obligaciones aplicables en virtud del artículo 18, apartado 2¹⁸;*
- b) *si el operador económico ha quebrado o está sometido a un procedimiento de insolvencia o liquidación, si sus activos están siendo administrados por un liquidador o por un tribunal, si ha celebrado un convenio con sus acreedores, si sus actividades empresariales han sido suspendidas o se encuentra en cualquier situación análoga resultante de un procedimiento de la misma naturaleza vigente en las disposiciones legales y reglamentarias nacionales;*
- c) *cuando el poder adjudicador pueda demostrar por medios apropiados que el operador económico ha cometido una falta profesional grave que pone en entredicho su integridad¹⁹;*

18. Estas obligaciones se refieren a la materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, en el Derecho nacional, en los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional enumeradas en el Anexo X de la misma Directiva.

19. En la versión portuguesa, en vez de hablar de la integridad del operador económico, se opta por la utilización de una expresión que entiendo más apropiada como es la de idoneidad del operador económico *“Se a autoridade adjudicante poder demonstrar, por qualquer meio adequado, que o operador económico cometeu qualquer falta profissional grave que põe em causa a sua idoneidade”*.

- d) *cuando el poder adjudicador tenga indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia;*
- e) *cuando no pueda resolverse por medios menos restrictivos un conflicto de intereses en el sentido del artículo 24;*
- f) *cuando no pueda remediarse por medios menos restrictivos un falseamiento de la competencia derivado de la participación previa de los operadores económicos en la preparación del procedimiento de contratación, tal como se define en el artículo 41;*
- g) *cuando el operador económico haya mostrado deficiencias significativas o persistentes en el cumplimiento de un requisito de fondo en el marco de un contrato público anterior, de un contrato anterior con una entidad adjudicadora o de un contrato de concesión anterior que hayan dado lugar a la terminación anticipada de ese contrato anterior, a indemnización por daños y perjuicios o a otras sanciones comparables;*
- h) *cuando el operador económico haya sido declarado culpable de falsedad grave al proporcionar la información exigida para verificar la inexistencia de motivos de exclusión o el cumplimiento de los criterios de selección, haya retenido dicha información o no pueda presentar los documentos justificativos requeridos de conformidad con el artículo 59²⁰;*
- i) *cuando el operador económico haya intentado influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones del poder adjudicador, obtener información confidencial que pueda conferirle ventajas indebidas en el procedimiento de contratación o proporcionar negligentemente información engañosa que pueda tener una influencia importante en las decisiones relativas a la exclusión, selección o adjudicación.*

En todos estos casos, su carácter potestativo –según fue interpretado por el Tribunal de Justicia en sus sentencias de 9 de febrero de 2006, *La Cascina y otros*, y de 19 de mayo de 2009, *Assitur*– determina que en esta materia no se contemple “una aplicación uniforme de las causas de exclusión que en ella se mencionan a escala comunitaria, en la medida en que los Estados miembros están facultados para no aplicar en absoluto dichas causas de exclusión (...) o bien para integrarlas en la normativa nacional

20. El artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE se refiere al Documento europeo único de contratación que consiste en una declaración formal y actualizada del operador económico, en sustitución de los certificados expedidos por las autoridades públicas o por terceros que indique que no le resulta de aplicación el motivo de exclusión pertinente y/o que cumple el criterio de selección pertinente.

con un grado de rigor que podría variar según el caso, en función de consideraciones de carácter jurídico, económico o social”²¹.

Estos criterios de selección cualitativa que se refieren a la seriedad profesional, a la solvencia y a la fiabilidad de quienes pretenden llegar a ser contratistas²², cumplen, a juicio del legislador europeo, con el cometido evitar que se adjudiquen contratos públicos a aquellos operadores económicos que se encuentren en determinadas situaciones consideradas contrarias al interés general (centésimo primer considerando de la Directiva 2014/24/UE). No obstante, e insistimos en ello, en el contexto de voluntariedad respecto de la incorporación de estos motivos de exclusión, son los Estados miembros los que tienen la potestad de contemplar en su normativa contractual estas causas de prohibición de manera más o menos flexible, si bien obligados especialmente por el principio de proporcionalidad, puesto que:

“Al aplicar motivos de exclusión facultativos, los poderes adjudicadores deben prestar especial atención al principio de proporcionalidad. Irregularidades leves deberían llevar a la exclusión del operador económico únicamente en circunstancias excepcionales. Con todo, casos reiterados de irregularidades leves pueden dar lugar a dudas acerca de la fiabilidad de un operador económico, lo que puede justificar su exclusión” (considerando centésimo primero de la Directiva 2014/24/UE).

III. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU APLICACIÓN A LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR

Los principios generales derivados del Derecho primario de la Unión en materia de adjudicación de contratos públicos se nos muestran como el elemento que sirve de soporte a las exigencias derivadas de las libertades garantizadas por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y son una referencia obligada para conformar el sistema de con-

21. STJCE de 9 de febrero de 2006, *La Cascina y otros*, C-226/04 y C-228/04, Rec. p. I-1347, apartados 21 a 23. Esta sentencia, aunque se refería al artículo 29 de la Directiva 92/50/CEE, sigue resultando de interés en esta materia.

22. El TJCE ha diferenciado, en distintas ocasiones, entre los criterios de selección cualitativa y los criterios de adjudicación de un contrato, manifestando que los primeros se refieren a la verificación de la aptitud de los candidatos y licitadores, mientras que los criterios de adjudicación se ocupan de seleccionar la oferta más acorde a las necesidades del órgano de contratación. Véase, a este respecto, las sentencias del TJCE de 19 de junio de 2003, *GAT*, C-315/01, Rec. p. I-6351, apartados 59 a 64; de 24 de enero de 2008, *Lianakis*, C-532/06, Rec. p. I-251 y de 10 de octubre de 2013, *Swm Costruzioni*, C-94/12.

tratación pública a nivel europeo²³. A este respecto hay que señalar que, según reiterada jurisprudencia del TJUE, los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia constituyen la base de las Directivas de la Unión en materia de procedimientos de adjudicación de contratos públicos (considerando primero de la Directiva 2014/24/UE) y son de aplicación a todos los contratos aun cuando éstos se encuentren excluidos del ámbito de aplicación de las mismas por razón de su objeto o de su cuantía²⁴.

La relación de circunstancias que, en caso de concurrir, constituyen un impedimento legal para poder contratar, obedece a la aplicación de estos principios y son la razón última por la cual se ha reconocido que los Estados miembros tienen la facultad de establecer, además de las causas de exclusión explícitamente recogidas en las Directivas, otras prohibiciones de contratar siempre que tengan por objeto garantizar la observancia de los principios de igualdad de trato, transparencia y proporcionalidad, como sucede en el caso de las prohibiciones por razón de incompatibilidad²⁵.

-
23. Sobre esta materia resulta de interés MORENO MOLINA, J. A.: *Los principios generales de la contratación de las Administraciones públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006; MORENO MOLINA, J. A.: “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación”, en la obra colectiva *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas-Thomson, Pamplona, 2012, pp. 3429-3454 y GIMENO FELIÚ, J. M^º: “Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *REDA*, nº 159, julio-septiembre 2013, pp. 39-105.
 24. El legislador europeo ha optado expresamente por dejar al margen de la aplicación de las Directivas sobre contratación pública a los contratos que sean inferiores a un determinado umbral económico, sin imponer, por tanto, ninguna obligación específica por lo que a ellos respecta, más allá del respeto a las normas del Derecho originario. Véase, en este sentido, el Auto del TJCE de 3 de diciembre de 2001, *Vestergaard*, C-59/00, Rec. p. I-9505, apartados 19 y 20 y su sentencia de 2 de febrero de 2008, *Comisión/Italia*, C-412/04, Rec. p. I-619, apartado 65. También resultan de interés las sentencias de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria y Telefonadress*, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartados 60 a 62; de 21 de julio de 2005, *Coname*, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartados 16 a 19; de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 a 49; de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, Rec. p. I-8457, apartado 25, así como de 13 de abril de 2010, *Wall*, C-91/08, Rec. p. I-2815, apartado 33.
 25. El TJUE ya se ha referido en distintas ocasiones a las causas de prohibición de contratar, concretamente en sus sentencias de 9 de febrero de 2006, *La Cascina y otros*, C-226/04 y C-228/04, Rec. p. I-1347; de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C-213/07, Rec. p. I-9999; de 19 de mayo de 2009, *Assitur*, C-538/07, Rec. p. I-4219; de 23 de diciembre de 2009, *Serrantoni*, C-376/08; de 15 de julio de 2010, *Bâtiments y Ponts Construction*, C-74/09, Rec. p. I-7271 y de 13 de diciembre de 2012, *Forpost SA*, C-465/11.

En este orden de cosas, y dado que como hemos señalado, las prohibiciones de contratar constituyen una restricción a una participación lo más amplia posible de interesados en una licitación –lo que se entiende como «*favor participationis*»–, estas restricciones sólo se considerarán justificadas si persiguen un objetivo de protección del interés general, de mantenimiento de la rectitud en la competencia y siempre que reflejen las exigencias del principio de proporcionalidad acuñado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia²⁶.

De esta manera, es necesaria la búsqueda de un difícil equilibrio entre, por un lado, garantizar el interés del órgano de contratación en no contratar con quienes, en atención a su comportamiento, no son merecedores de su debida confianza; por otro, en tutelar el cumplimiento del principio de igualdad a la hora de aplicar tales prohibiciones y, por último, asegurar que estas restricciones no van más allá de lo necesario para cumplir con las finalidades previstas en las Directivas a fin de exigir que estas prohibiciones no constituyan una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la esencia misma del derecho al acceso a la contratación pública y se dificulte con ello la realización de las libertades fundamentales establecidas en los Tratados.

Referido a la contratación pública, y concretamente a la selección del contratista, el principio de proporcionalidad presenta dos vertientes. La primera se refiere a que un Estado miembro, si quiere ajustarse a los parámetros de legalidad impuestos para el efectivo cumplimiento de las libertades de la Unión, no debe exigir a los licitadores y candidatos unas cualidades profesionales relativas a sus capacidades o solvencia que resulten desproporcionadas en relación con el objeto contractual. La segunda alude a la calificación de las prohibiciones de contratar como medida restrictiva de un derecho que, como tal, exige que la interpretación de las circunstancias que determinan las causas legales de prohibición de contratar deba ser estricta, e igualmente, que el objetivo que pretenden lograr y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo²⁷.

26. En este sentido, véase las cuestiones de la decisión prejudicial que dieron por resultado la Sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2014, *Generali-Providencia Biztosító*, C-470/13.

27. Sentencia de 10 de julio de 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, apartado 31, con cita expresa a la sentencia de 23 de diciembre de 2009, *Serrantoni*, C-376/08, apartado 44. Recordemos que el Derecho de la Unión se opone a una normativa nacional que disponga la exclusión automática de la participación de un operador económico en un procedimiento de adjudicación de un contrato, el rechazo automático de las ofertas o la adopción de medidas que no guarden

Centrada la cuestión en estos términos, procede analizar cuál es el alcance de las prohibiciones de contratar de carácter facultativo para los Estados miembros, y más concretamente, el significado que debe imprimirse a la expresión «falta profesional grave» que todavía tiene reflejo en las Directivas sobre contratación pública, y que fue objeto de interpretación en la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-465/11, *Forposta SA*.

En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que el concepto de «falta en materia profesional», mencionado en el ya derogado artículo 45, apartado 2, letra d), de la Directiva 2004/18/CE, “abarca cualquier comportamiento del operador económico que incurra en culpa y que afecte a la credibilidad profesional del operador económico en cuestión, y no sólo, en sentido estricto, las infracciones de las normas deontológicas de la profesión a que pertenece el operador económico que sean declaradas por el órgano disciplinario previsto en el ámbito de dicha profesión o por una resolución judicial con autoridad de cosa juzgada”.

IV. LOS COMPORTAMIENTOS QUE AFECTAN A LA CREDIBILIDAD PROFESIONAL DEL CANDIDATO O LICITADOR Y QUE PUEDEN HABILITAR UNA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

Como hemos tenido ocasión de señalar, los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando puedan demostrar por medios apropiados que el operador económico ha cometido una falta profesional grave que ponga en entredicho su integridad (artículo 57.4.c) de la Directiva 2014/24/UE).

Ahora bien, aun tratándose de una competencia nacional, y en virtud del principio de seguridad jurídica, hubiera resultado de utilidad haber delimitado las conductas consideradas reprobables a la luz de la normativa europea, más allá de las referidas al falseamiento de la competencia o al facilitar información engañosa que, a mi entender, estarían también incluidas bajo los conceptos de «falta» «grave» cometida «en materia profesional».

Esta crítica se debe a que la imprecisión conceptual sobre la comisión de una «falta en materia profesional», se ha venido reproduciendo en algunas normativas nacionales al transponer los dictados del artículo 45 de la Directiva 2004/18/CE como es, por ejemplo, el caso de la legislación belga²⁸:

proporción con el fin pretendido (STJUE de 13 de diciembre de 2012, *Forposta SA*, C-465/11).

28. El artículo 61.2 del Real Decreto, de 15 de julio de 2011, sobre la adjudicación de contratos públicos en los sectores clásicos –*Arrêté royal relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques*– y el artículo 17.2 del Real Decreto de 8

Pueden ser excluidos del acceso al mercado, en cualquier etapa del procedimiento el candidato o licitador: 3º que sea objeto de una condena impuesta por una decisión judicial con fuerza de cosa juzgada por un delito que afecte a su moralidad profesional; y 4º que, en materia profesional, haya cometido una falta grave [traducción propia].

De la luxemburguesa²⁹:

Podrá ser excluido de la participación en el contrato, cualquier operador económico: c) que ha sido condenado por una sentencia con fuerza de cosa juzgada según las disposiciones legales del país por un delito que afecte a su moralidad profesional y d) ha sido declarado culpable de mala conducta profesional comprobada por cualquier medio que los poderes adjudicadores puedan justificar [traducción propia].

Se reproduce también en la normativa del Reino Unido que transpone literalmente el contenido del artículo 57.4.c) de la Directiva 2014/24/UE (artículo 57.8.c) *Public Contracts Regulations* 2015), sin que *a priori* se conozcan con exactitud las conductas comprendidas bajo tal consideración.

“cuando el poder adjudicador pueda demostrar por medios apropiados que el operador económico ha cometido una falta profesional grave que pone en entredicho su integridad”³⁰.

Ante la falta de precisión por parte de las Directivas de las conductas que pueden constituir la comisión de una «falta en materia profesional», la Directiva 2014/24/UE –como ya lo hiciera la Directiva 2004/18/CE³¹– ejem-

de enero de 1996, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Contratos Públicos, de 15 junio de 2006 – *Loi relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services* (versión de 29 de agosto 2011).

29. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 223 del Reglamento de ejecución de la Ley de Contratos Públicos – *Règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics*.
30. “Contracting authorities may exclude or may be required by Member States to exclude from participation in a procurement procedure any economic operator: where the contracting authority can demonstrate by appropriate means that the economic operator is guilty of grave professional misconduct, which renders its integrity questionable”.
31. Los considerandos trigésimo cuarto y cuadragésimo tercero de la Directiva 2004/18/CE, sin establecer una lista exhaustiva de supuestos comprendidos bajo esta expresión, aludían a la falta profesional en dos concretos ámbitos de actuación: el desplazamiento transnacional de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios y la igualdad de trato de los trabajadores en materia de empleo y ocupación.

plifica en distintos de sus considerandos los supuestos que pueden quedar comprendidos bajo esta prohibición de contratar³².

Es así que, entiende que (i) el incumplimiento de las obligaciones establecidas en los convenios colectivos “podría considerarse una falta grave del operador económico, pudiendo acarrearle su exclusión del procedimiento de adjudicación de un contrato público” (considerando trigésimo noveno)³³; (ii) que “se debe dar a los poderes adjudicadores la posibilidad de excluir a los operadores económicos que hayan dado muestras de no ser fiables, por ejemplo debido a que han incumplido las obligaciones medioambientales o sociales, entre ellas las normas sobre accesibilidad para las personas con discapacidad, o a que han cometido otras formas de falta profesional grave, como infracciones de las normas sobre competencia o de los derechos de propiedad intelectual e industrial” (centésimo primer considerando), e igualmente, que (iii) se debe “poder excluir a los candidatos o licitadores cuya actuación en anteriores contratos públicos haya mostrado graves deficiencias en lo que se refiere al cumplimiento de los requisitos de fondo, como la no realización de una entrega o prestación, la existencia de deficiencias significativas en el producto entregado o el servicio prestado que los hagan inutilizables para el fin perseguido, o una conducta indebida que haga dudar seriamente de la fiabilidad del operador económico” (centésimo primer considerando).

Habida cuenta del nuevo contexto normativo del artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE –y atendiendo a los requisitos establecidos por la jurisprudencia del TJUE– entre las conductas que en todo caso habilitan estas prohibiciones de contratar por falta de idoneidad profesional suficiente, tendremos que entender incluidas las siguientes:

-
32. Aunque ya hemos indicado que los considerandos de una Directiva carecen en sí mismos de valor jurídico vinculante, la determinación del significado y del alcance de los términos no definidos por el Derecho de la Unión debe efectuarse teniendo en cuenta los objetivos perseguidos por la normativa de la que forman parte y, en este sentido, la Exposición de motivos de un acto de la Unión ofrece elementos de interés a fin de precisar el contenido del mismo.
 33. Al respecto, recuérdese que aunque el Tribunal de Justicia ha declarado que entre las razones imperiosas de interés general que pueden justificar una restricción de la libertad de prestación de servicios figuran, en concreto, la prevención de la competencia desleal por parte de empresas que retribuyan a sus trabajadores desplazados a un nivel inferior al correspondiente al salario mínimo (sentencia de 12 de octubre de 2004, *Wolff & Müller*, C-60/03), lo cierto es que en materia de adjudicación de contratos públicos se opone a la aplicación de una normativa nacional que obliga a un subcontratista de un licitador a pagar a sus trabajadores el salario mínimo fijado por dicha normativa (STJUE de 18 de septiembre de 2014, *Bundesdruckerei*, C-549/13, con cita expresa en la sentencia Ruffert).

- Aquellas que confirman judicialmente o en vía administrativa la infracción de las normas sobre competencia por formalizar acuerdos ilícitos entre operadores económicos a fin de proceder a un reparto del mercado o a la fijación de precios «*bid-rigging*» (sentencia de 18 de diciembre de 2014, *Generali-Providencia Biztosító*, C-470/13)³⁴;
- Las conductas que vulneran la igualdad de oportunidades entre licitadores al disfrutar de una posición de ventaja frente al resto de sus competidores, tal como ocurre, por ejemplo, en el supuesto de aquellos operadores económicos que no han cumplido con el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, o con sus obligaciones tributarias³⁵ (sentencia de 10 de julio de 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12), o como sucede, por ejemplo, en el caso de un conflicto de intereses al implicar el riesgo de que el poder adjudicador público se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato y otorgue preferencia a un licitador por ese mero hecho (sentencia de 12 de marzo de 2015, *eVigilo*, C-538/13)³⁶.
- Los incumplimientos graves de las obligaciones contractuales imputables al contratista previa apreciación del comportamiento culposo que se le imputa, puesto que el concepto de «falta grave» debe entenderse referido a un comportamiento que revele dolo o una negligencia de cierta gravedad por parte del ope-

34. El apartado 35 de esta sentencia afirma que “la comisión de una infracción contra las normas sobre competencia, especialmente si la infracción se ha sancionado con una multa, constituye una causa de exclusión”. En este sentido, LÓPEZ MIÑO, A., y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., destacaban la novedad de la Directiva 2014/24/UE en encomendar a los poderes adjudicadores la persecución del *bid rigging* en la contratación pública habilitándoles incluso para prohibir su participación en un procedimiento de adjudicación, en LÓPEZ MIÑO, A., y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: “Colusión en la contratación pública (*bid rigging*): propuestas para combatirla eficazmente y posibilidades que ofrece la Directiva 2014/14/UE sobre contratación pública”, en la obra colectiva *Observatorio de los contratos públicos 2013*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 458 y 459.

35. Precisamente, y según indicaba el *Informe Anual 2010 sobre la protección de los intereses financieros de la UE*, la causa más frecuente para la exclusión de la participación en un procedimiento de adjudicación contractual es el impago de las cotizaciones sociales e impuestos recogidas en el artículo 45.2. letras e) y f) de la Directiva 2004/18/CE, COM (2011) 595 final, de 29 de septiembre de 2011.

36. MEDINA ARNÁIZ, T.: “Los conflictos de intereses llegan a las Directivas sobre contratación pública”, en la obra colectiva *Observatorio de los contratos públicos 2013*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2014, pp. 271-302.

rador económico en cuestión (sentencia de 13 de diciembre de 2012, *Forposta SA*, C-465/11)³⁷.

Así pues, y ante las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del respeto al principio de igualdad de trato, entendemos que con estas prohibiciones pudieran llegar a protegerse los derechos de los operadores económicos que acatan la legislación frente a aquellos que no lo hacen, impidiendo que éstos adquirieran ventajas en el proceso contractual derivadas de no cumplir la normativa. Se trata de evitar que, en detrimento del interés general, –y en palabras que tomo prestadas de la Abogada general Sra. Juliane KOKOT– “«ovejas negras» que, por ejemplo, no paguen sus impuestos y cotizaciones a la seguridad social, acaben presentado ofertas más ventajosas que sus competidores y que de esa manera consigan contratos públicos”³⁸.

V. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

El 18 de abril de 2016 acaba el plazo dado por las Directivas de la Unión Europea sobre contratación pública para la transposición a los ordenamientos nacionales de las medidas que den cumplimiento a los mandatos contenidos en las referidas normas. En este momento, entiendo que la interpretación que el TJUE lleva a cabo de las causas de prohibición de contratar debiera ayudar a los Estados miembros a precisar estas prohibiciones en sus sistemas nacionales.

Un primer paso a seguir podría ser el de depuración conceptual. Hemos constatado que las sentencias del TJUE en torno a las causas de exclusión recogidas en las Directivas de la Unión con un carácter facultativo para los Estados miembros contribuyen a aclarar algunas de las imprecisiones conceptuales que presenta la normativa europea. En este sentido, una transposición literal de las actuales Directivas no amortigua los pro-

37. En la misma línea de argumentación, esta sentencia declara que el “cumplimiento incorrecto, impreciso o defectuoso de un contrato o de parte del mismo podrá acreditar, a lo sumo, que la competencia profesional del operador económico en cuestión es limitada, pero no equivale automáticamente a la comisión de una falta grave” (apartado 30). Esta prohibición de contratar en el Derecho español es tratada por BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Lex Nova, Valladolid, 2ª edición 2011. BERMEJO VERA, J.; Voz «Prohibiciones de contratar», en el *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 537-552 y GALLEGO CÓRCOLES, I.; “Capacidad y solvencia del empresario”, en la obra colectiva *Contratación del sector público local*, 2ª ed., La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2010, especialmente pp. 404-451.

38. Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane KOKOT presentadas el 15 de abril de 2010 en el asunto *Bâtiments y Ponts Construction*, C-74/09, apartado 50.

blemas de aplicación, si bien entiendo que fomenta un clima de confianza recíproca entre los Estados en cuanto al conocimiento de los motivos de exclusión.

La indeterminación de las Directivas respecto de las causas de prohibición de contratar por la comisión de una falta grave en materia profesional es “contagiosa” en tanto que se reproduce en algunas de las regulaciones nacionales. Los operadores debieran conocer con exactitud el alcance de las obligaciones que les imponen y poder valorar los efectos en caso de incumplimiento.

No obstante, los mayores inconvenientes para una aplicación coherente y efectiva de estas prohibiciones –y no únicamente respecto de una contratación transfronteriza– no se limitan al ámbito conceptual. Estos obstáculos, a mi entender no convenientemente resueltos por la normativa contractual son los siguientes:

1) Falta un intercambio efectivo de información sobre condenas penales y sanciones administrativas. La aplicación de las prohibiciones se sustenta en la necesidad de contar con sistemas de información de las infracciones cometidas por los licitadores o candidatos, ya que su conocimiento se convierte en el presupuesto de dicha prohibición de contratar.

2) Aun teniendo conocimiento de estas sentencias y/o sanciones, hemos advertido que la prohibición de contratar puede quedar en papel mojado bien por la falta de un procedimiento que así la declare, o bien por la falta de inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas. Así, podemos citar supuestos en los que a pesar de quedar acreditado en sentencia judicial firme la comisión de delitos por parte de cierta/s empresa/s para resultar adjudicatarias de un contrato público, no fueron incurso/s en prohibición de contratar³⁹. Tampoco han sido declaradas incurso/s en prohibición de contratar aquellas empresas sancionadas por llevar a cabo prácticas anticompetitivas prohibidas por la legislación de defensa de la competencia y que están vinculadas expresamente al reparto de licitaciones públicas⁴⁰.

39. La STS de 21 de diciembre de 1999, caso Roldán, reconocía como hechos probados que el entonces Director de la Guardia Civil, Luis Roldán, había adjudicado contratos de obras de la Benemérita a cambio de elevadas comisiones, las empresas vinculadas al caso no fueron declaradas incurso/s en prohibición de contratar. Igualmente las empresas que, de acuerdo con los hechos probados de la STS de 28 de marzo de 2001 (caso Urralburu), pagaron también importantes comisiones al presidente del gobierno navarro a cambio de la adjudicación de contratos.

40. Resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 18 de enero de 2010 (Expte. S/0014/07); de 19 de octubre de 2011 (Expte. S/0226/10) y de 8 de enero de 2015 (Expte. S/0429/12).

3) Asimismo, se constata la falta de efectividad de la previsión legal de anular aquellos contratos que se han obtenido a través de prácticas ilegales o delictivas y que pudiera suponer una pérdida de rentabilidad para los infractores haciendo que “el delito no resulte provechoso”⁴¹.

Con todo lo dicho, hemos de concluir señalando que el papel disuasorio que debieran tener las prohibiciones de contratar se desvanece ante estas cuestiones y, lo que entiendo más grave, la normativa no dota de protección suficiente a los operadores económicos “honestos” que pudieran ver minada su confianza frente a los que han falseado las reglas de la contratación pública.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AYMERICH CANO, C.: “Un problema pendiente: la ineficacia de los contratos afectados por actos de corrupción”, Comunicación presentada en el X Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, Madrid, 6-7 de febrero de 2015.

BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Lex Nova, Valladolid, 2ª edición, 2011.

BERMEJO VERA, J.: Voz «Prohibiciones de contratar», en el *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 537-552.

CARLÓN RUIZ, M.: “El principio de proporcionalidad”, en la obra colectiva *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, (Las Rozas) Madrid, 2010, pp. 203-230.

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.

GALLEGO CÓRCOLES, I.: “Capacidad y solvencia del empresario”, en la obra colectiva *Contratación del sector público local*, 2ª ed., La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2010, especialmente pp. 404-451.

41. Comunicación de la Comisión *Productos de la delincuencia organizada: garantizar que «el delito no resulte provechoso»*, COM (2008) 766 final, de 20 de noviembre de 2008. En este sentido, AYMERICH CANO, C.: “Un problema pendiente: la ineficacia de los contratos afectados por actos de corrupción”, Comunicación presentada en el X Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, Madrid, 6-7 de febrero de 2015.

- “La prevención de la corrupción en la contratación pública”, en la obra colectiva *Public Compliance: Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2014, pp. 61-92.
- 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”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 147, julio-septiembre 2010, pp. 517-535.
- “Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *REDA*, nº 159, julio-septiembre 2013, pp. 39-105.
 - *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- LÓPEZ MIÑO, A. y VALCÁRCCEL FERNÁNDEZ, P.: “Colusión en la contratación pública (*bid rigging*): propuestas para combatirla eficazmente y posibilidades que ofrece la Directiva 2014/14/UE sobre contratación pública”, en la obra colectiva *Observatorio de los contratos públicos 2013*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 425-487.
- MEDINA ARNÁIZ, T.: “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”, *Diario La Ley*, nº 7382, abril 2010.
- “Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española”, en la obra colectiva *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Thomson-Aranzadi, 2014, pp. 299-344.
 - “Los conflictos de intereses llegan a las Directivas sobre contratación pública”, en la obra colectiva *Observatorio de los contratos públicos 2013*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2014, pp. 271-302.
- MORENO MOLINA, J. A.: *Los principios generales de la contratación de las Administraciones públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006.
- “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación”, en la obra colectiva *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas - Thomson, Pamplona, 2012, pp. 3429-3454.
- MORENO MOLINA, J. A. y DOMÍNGUEZ ALONSO, A. P.: “El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública”, en la obra colectiva *La*

contratación pública a debate: presente y futuro, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014, pp. 139-164.

PISELLI, E.: "The scope for excluding providers who have committed criminal offences under the EU Procurement Directives", *PPLR*, vol. 9 (6), 2000, pp. 267-286.

PRIESS, H. J.: "The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive", *Public Procurement Law Review*, vol. 23 (3), 2014, pp. 112-123.

SÁNCHEZ GRAELLS, A.: "Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing in the New Public Sector Procurement Directive 2014/24", en la obra colectiva *Modernising Public Procurement: The New Directive*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2014, pp. 97-129.

WILLIAMS-ELEGBE, S.: *Fighting corruption in public procurement: A comparative analysis of disqualification measures* Hart Publishing, Oxford, 2012.

Capítulo VI

El recurso a las capacidades de otras entidades (o del intento de concretar el régimen jurídico de la integración de la solvencia mediante medios externos)

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES
Profesora Titular de Derecho Administrativo
UCLM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA DIFÍCIL ASIMILACIÓN DEL CONCEPTO DE “SOLVENCIA” EN EL DERECHO ESPAÑOL. II. LA INTEGRACIÓN DE LA SOLVENCIA DEL LICITADOR A TRAVÉS DE MEDIOS EXTERNOS EN EL DERECHO ANTERIOR A LAS DIRECTIVAS DE CUARTA GENERACIÓN. 1. *Nacimiento y posterior codificación del derecho del operador económico a integrar su solvencia con medios externos.* 2. *El concepto de “operador económico” no exige que éste posea medios propios.* III. LA AZAROSA ASIMILACIÓN DE LA INTEGRACIÓN DE LA SOLVENCIA A TRAVÉS DE MEDIOS EXTERNOS EN EL DERECHO ESPAÑOL. 1. *Planteamiento.* 2. *La progresiva transposición del derecho del licitador a integrar su solvencia con medios externos.* 3. *La discutible (y probablemente mayoritaria) tendencia a imponer límites a la integración de la solvencia con medios externos en la doctrina administrativa y jurisprudencial.* 3.1. *La exigencia de un mínimo de solvencia.* 3.2. *La imposibilidad de utilizar medios externos para acreditar circunstancias intrínsecas de la empresa.* 3.3. *La clasificación como característica intrínseca del empresario y sus excepciones.* 3.4. *Prohibición de la subcontratación establecida en el pliego.* 3.5. *La integración de la habilitación empresarial o profesional.* 3.6. *Acreditación de que el licitador dispondrá de los medios ajenos durante la ejecución del contrato.* IV. NUEVAS DIRECTIVAS, ¿NUEVAS PERSPECTIVAS?

I. INTRODUCCIÓN: LA DIFÍCIL ASIMILACIÓN DEL CONCEPTO DE “SOLVENCIA” EN EL DERECHO ESPAÑOL

La exigencia a todo contratista de una aptitud merecedora de crédito para cumplir las obligaciones y deberes que deriven del contrato es un re-

quisito que procede con claridad de la incorporación de España al Comunidad Europea, al introducirse en la normativa de contratos con la reforma de 1986¹. En la redacción originaria de la Ley de Contratos del Estado de 1965 sólo se establecía el requisito de un previo reconocimiento de la capacidad y aptitud del contratista cuando los contratos superaran una determinada cuantía, lo que se hacía mediante la clasificación. Con este breve recordatorio no se trata de hacer un ejercicio de erudición, sino describir un contexto que permita explicar las dificultades que en Derecho español se ha tenido para comprender y aplicar el verdadero sentido de la solvencia en el sistema jurídico de contratación globalizado del que somos partes.

Y es que, como explica GIMENO FELIÚ², en Derecho español sigue latiendo una concepción del contratista formal y estática, que contrasta con el enfoque funcional y dinámico propio del Derecho de la Unión Europea. De esta forma, la regulación todavía vigente de los requisitos de capacidad, solvencia y causas de exclusión para contratar es oscura y presenta contradicciones. Y lo que resulta todavía más significativo, predomina una consideración en abstracto de la capacidad y solvencia, sin atender al concreto contrato que se licita lo que, desde la perspectiva de la ejecución del contrato, no parece la opción más deseable.

Pues bien, un ámbito en el que se advierten con facilidad las disfunciones generadas por una incorporación no del todo coherente del concepto de solvencia es en el de la posibilidad de integrar la solvencia mediante medios externos. Recogido este derecho en el art. 63 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 (TRLCSP), su aplicación efectiva no está resultando en absoluto sencilla. Por un lado, el diseño jurídico efectuado por el legislador no es el más adecuado. Por otro, ya sea por este motivo, ya sea por la resistencia a superar ciertas inercias, existen importantes divergencias en las interpretaciones efectuadas por los operadores jurídicos más cualificados.

El propósito de este trabajo es analizar la evolución de la facultad de integrar solvencia por medios externos en el Derecho de la Unión Europea y la aplicación práctica que ésta ha recibido en el Derecho español. Y ello con la finalidad de resolver una doble cuestión. Por un lado, intentaremos

-
1. FUERTES LÓPEZ, M., *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, 1997, p. 35.
 2. 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, 2010, pp. 183 a 198.

discernir si en nuestro Ordenamiento nos encontramos en el punto de partida más idóneo para transponer la nueva regulación. Por otro, trataremos de determinar si las importantes novedades que ésta introduce facilitarán una asimilación más correcta del recurso a las capacidades de otras entidades en el Derecho español.

II. LA INTEGRACIÓN DE LA SOLVENCIA DEL LICITADOR A TRAVÉS DE MEDIOS EXTERNOS EN EL DERECHO ANTERIOR A LAS DIRECTIVAS DE CUARTA GENERACIÓN

1. NACIMIENTO Y POSTERIOR CODIFICACIÓN DEL DERECHO DEL OPERADOR ECONÓMICO A INTEGRAR SU SOLVENCIA CON MEDIOS EXTERNOS

Como tantas otras reglas que han marcado la evolución del Derecho de la Unión europea de los contratos públicos, el reconocimiento del derecho de los licitadores a integrar su solvencia a través medios externos tiene su origen en la activa labor interpretativa del Tribunal de Justicia³. La regla será después codificada en los arts. 47.2 y 48.3 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios. Y matizada en la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

En efecto, el reconocimiento de este derecho surge en la sentencia de 14 de abril de 1994, C-389/92, *Ballast Nedam Groep I*, en la que el Tribunal de Justicia declaró que una sociedad holding que no ejecute obras por sí misma no puede ser excluida de los procedimientos de licitación para la contratación de obras por el hecho de que sus filiales que ejecutan las obras sean personas jurídicas distintas, si puede acreditar que tiene efectivamente a sus disposición los medios de las filiales que sean necesarios para la ejecución del contrato. En el supuesto, una autoridad belga decidió no renovar la clasificación de la sociedad neerlandesa *Ballast Nedam Groep*, ya que se entendió que no podía ser considerada como un contratista de obras, ya que, por ser un holding, no ejecutaba obras por sí misma, sino que alegaba, para acreditar su capacidad, obras ejecutadas por sus filiales, que son, todas ellas, personas jurídicas distintas. Pues bien, el Tribunal de

3. En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, *vid.* COZZIO, M., «La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública», en GIMENO FELIÚ (Dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013.

Justicia, como ya hemos adelantado, concluye que por el hecho de no ejecutar por sí misma las obras, no puede excluirse a una sociedad de holding de los procedimientos de participación en la contratación pública de obras. Y para llegar a esta conclusión, al Tribunal le basta una simple interpretación literal de determinados preceptos de la Directiva aplicable. En efecto, el Tribunal de Justicia tendrá ocasión de afirmar:

“Del propio título de la Directiva 71/304 resulta que la adjudicación de contratos públicos de obras puede recaer en favor de adjudicatarios que ejecuten las obras por medio de agencias o sucursales.

El artículo 21 de la Directiva 71/305, que figura entre las normas comunes de participación en la contratación, autoriza expresamente a licitar a las asociaciones de contratistas sin que el órgano de contratación pueda exigir, antes de la adjudicación del contrato, la transformación de dichas asociaciones bajo una forma jurídica determinada. Por lo que se refiere a la letra k) del artículo 16 de la misma Directiva, que figura entre las normas comunes de publicidad de la contratación, solamente establece que, en los procedimientos abiertos, la convocatoria debe precisar la forma jurídica determinada que eventualmente deberá adoptar el grupo de contratistas al cual se adjudique el contrato.

Por último, los criterios de selección cualitativa, establecidos por los artículos 23 a 26 de la Directiva 71/305, a los cuales se remite el artículo 28 de la misma Directiva, que se refiere a los registros oficiales de contratistas clasificados, tienen como único objetivo definir las normas de apreciación objetiva de la capacidad de los contratistas, especialmente en el aspecto técnico. Una de ellas, prevista en la letra e) del artículo 26, establece expresamente la posibilidad, para acreditar dicha capacidad técnica, de aportar una declaración que mencione los técnicos o los organismos técnicos, estén o no integrados en la empresa, de los que dispondrá el contratista para la ejecución de la obra.

Como acertadamente señala la Comisión, del conjunto de estas disposiciones resulta que puede aspirar a la adjudicación de contratos públicos de obras no sólo una persona física o jurídica que ejecute por sí misma tales obras, sino también una persona que las ejecute por medio de agencias o sucursales o que tenga acceso a técnicos o a organismos técnicos externos o, también, una asociación de contratistas, cualquiera que sea su forma jurídica.

Hay que observar, por otra parte, que la Directiva 89/440/CEE del Consejo, de 18 de julio de 1989, que modifica la Directiva 71/305/CEE, antes citada (DO L 210, p. 1), en particular con el fin de precisar mejor el concepto de contratos de obras públicas, indicó expresamente en su artículo 1 que lo son los que tienen por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y la concepción de obras o de una obra, bien “la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el órgano de contratación”. Esta definición confirma que una persona que no tenga la intención o los medios para ejecutar por sí misma las obras puede participar en un procedimiento de contratación. [...].

Sin embargo, corresponde a los órganos de contratación, como precisa el artículo 20 de la Directiva 71/305, verificar la aptitud de los contratistas siguiendo los criterios de capacidad económica, financiera y técnica especificados en los artículos 25 a 28 de la propia Directiva.

En este contexto, cuando una sociedad alega referencias de sus filiales para acreditar su capacidad técnica, financiera y económica con vistas a conseguir su inscripción en un registro oficial de contratistas clasificados, tiene que probar que, cualquiera que sea la naturaleza del vínculo jurídico que la une a dichas filiales, tiene efectivamente a su disposición los medios de estas últimas que sean necesarios para la ejecución de los contratos” (subrayado nuestro).

La idea principal que puede desprenderse de esta sentencia es que lo relevante no es que la empresa en cuestión posea los medios técnicos, financieros y económicos necesarios para ejecutar la obra, sino que pueda acreditar que dichos medios –aunque sean externos– estarán a su disposición durante la ejecución del contrato.

Posteriormente, la STJUE de 18 de diciembre de 1997, C-5/97, *Ballast Nedam Groep II*, aclaró que la autoridad competente está en todo caso obligada, cuando se acredite que dicha persona tiene efectivamente a su disposición los medios de las sociedades pertenecientes al grupo que sean necesarios para la ejecución de los contratos, a tener en cuenta las referencias de dichas sociedades para apreciar la aptitud de la persona jurídica interesada. De esta forma, el Tribunal de Justicia no sólo confirma la interpretación adoptada en la sentencia *Ballast Nedam Groep I*, si no que va más allá al reconocer explícitamente la existencia de un derecho, por parte de la sociedad matriz,

a que, cuando sea valorada su capacidad técnica, sea tenida en cuenta la solvencia de las sociedades que forman parte del mismo grupo.

Una vuelta de tuerca más se contiene en la STJUE de 2 de diciembre de 1999, C-176/98, *Holst Italia*, referida a un supuesto en el que la sociedad que pretendía participar en el procedimiento de licitación no era la persona jurídica dominante en el grupo de sociedades. Pues bien, el TJUE niega que la posibilidad de invocar las referencias de una entidad distinta de la empresa candidata se limite al supuesto de que esta empresa pueda demostrar la existencia de un vínculo estructural caracterizado que la una a la que posee la capacidad necesaria para la ejecución del contrato. Así, según el Tribunal, un prestador que no cumple, por sí mismo, los requisitos mínimos necesarios para participar en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios puede invocar ante la entidad adjudicadora las capacidades de terceros a los que proyecta recurrir si se le adjudica el contrato. En el supuesto que motiva el recurso, la sociedad que pretendía tomar parte en el procedimiento de licitación era una filial de reciente creación, por lo que no podía acreditar la media anual del volumen de negocios exigido, ni la experiencia, si no era a través de la solvencia de una de la seis sociedades que la habían constituido y que poseía un sexto de su capital social. El Tribunal Europeo concluye que:

“Tanto del objeto como del tenor de dichas disposiciones se deduce que ningún prestador de servicio puede ser excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios por el mero hecho de que, para la ejecución del contrato, proyecte emplear medios que no le pertenecen, sino que son propiedad de una o varias entidades distintas de él (véase, en el mismo sentido, en relación con las Directivas 71/304 y 71/305, la sentencia *Ballast Nedam Groep I*, antes citada, apartado 15).

Por consiguiente, un prestador que no cumple, por sí mismo, los requisitos mínimos necesarios para participar en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios puede invocar ante la entidad adjudicadora las capacidades de terceros a los que proyecta recurrir si se le adjudica el contrato.

No obstante, dicho empleo de referencias exteriores no puede admitirse incondicionalmente. Corresponde, en efecto, a la entidad adjudicadora, como establece el artículo 23 de la Directiva 92/50, comprobar la aptitud de los prestadores de servicios con arreglo a los criterios enumerados. El objeto de dicha comprobación es, en particular, brindar a la entidad adjudicadora la ga-

rantía de que, durante el período a que se refiere el contrato, el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo invocados.

Así, cuando, para demostrar su capacidad financiera, económica y técnica con vistas a su admisión en un procedimiento de licitación, una sociedad se refiere a las capacidades de organismos o empresas a los que está unida por vínculos directos o indirectos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, debe probar que puede efectivamente disponer de los medios de esos organismos o empresas que no son de su propiedad y que son necesarios para la ejecución del contrato (véase, en este sentido, en relación con las Directivas 71/304 y 71/305, la sentencia *Ballast Nedam Groep I*, antes citada, apartado 17”).

En definitiva, el derecho a utilizar medios ajenos para la acreditación de la solvencia se amplía, pues ya no se limita a la sociedad matriz, aunque se insiste en la relevancia de la prueba de la efectiva disposición de los medios. En todo caso, unos años más tarde, la STJUE de 18 de octubre de 2012, C-218/11, *Édukövízig*, tendrá ocasión de recordar que una sociedad filial dispone de la facultad prevista en el artículo 47, apartado 2, de la Directiva 2004/18, que le permite invocar la capacidad económica y financiera de otra entidad mediante la presentación del compromiso de ésta de que pondrá a su disposición los medios necesarios. Esta facultad era particularmente apropiada en el supuesto analizado, dado que permitía a la sociedad matriz paliar la imposibilidad de cumplir el nivel mínimo de capacidad en que ha situado a su filial⁴.

Siguiendo con el relato del progresivo reconocimiento del derecho a acreditar la solvencia mediante medios externos, la STJUE de 18 de marzo de 2004, C-314/01, *Siemens y ARGE Telecom*, examina la posibilidad de integrar la solvencia al margen de los grupos de sociedades. En concreto, se discutía si el Derecho Europeo permite la imposición de límites a la posibilidad de emplear la capacidad de subcontratistas. Como puede fácilmente deducirse de la lectura de las sentencias ya analizadas, que parcialmente la nueva sentencia transcribe, la respuesta es claramente negativa.

4. En el supuesto, convocada una licitación por un poder adjudicador húngaro, éste fijaba un nivel mínimo de solvencia que requería la inexistencia de resultado negativo en el balance en más de uno de los tres últimos ejercicios concluidos. En virtud de un contrato de transferencia, los beneficios obtenidos por empresa filial –la licitadora– deben transferirse cada año a la sociedad matriz, de modo que el resultado que arroja el balance esta licitadora era sistemáticamente nulo o negativo.

En esta ocasión, se examinaba la licitud de una cláusula que limitaba el recurso a la subcontratación⁵. Pues bien, el Tribunal de Justicia tiene ocasión de afirmar que:

“Esta cuestión se basa en la premisa de que una disposición de la licitación que prohíbe el recurso a la subcontratación respecto a partes importantes de un contrato es contraria a la Directiva 92/50, tal como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia en su sentencia *Holst Italia* (...).

La Directiva 92/50 no se opone a la prohibición ni a la restricción del recurso a la subcontratación para la ejecución de partes esenciales del contrato cuando precisamente la entidad adjudicadora no haya podido comprobar las capacidades técnicas y económicas de los subcontratantes al examinar las ofertas y seleccionar al licitador que haya presentado la proposición más ventajosa.

De lo que precede se deduce que la premisa sobre la que se basa la segunda cuestión sólo sería exacta si se acreditara que el punto 1.8 de la licitación prohíbe, en la fase del examen de las ofertas y de la selección del adjudicatario del contrato, que este último se valga de la subcontratación para prestaciones esenciales del contrato. En efecto, una persona que invoque las capacidades técnicas y económicas de terceros a los que se proponga recurrir si se le adjudica el contrato sólo puede ser excluida en el caso de que no demuestre que, efectivamente, dispone de tales capacidades.

Pues bien, resulta que el punto 1.8 de la licitación no se refiere a la fase de examen y selección del procedimiento de adjudicación del contrato, sino a la fase de ejecución de éste, y que su objeto es evitar precisamente que la ejecución de partes esenciales del contrato se encomiende a entidades cuyas capacidades técnicas y económicas no haya podido comprobar la entidad adjudicadora con ocasión de la selección del adjudicatario. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional verificar si así sucede efectivamente”.

-
5. En concreto, la cláusula controvertida establecía que: “sólo se admitirá la subcontratación de porcentajes del contrato con el límite máximo del 30% de las prestaciones y siempre que el licitador o la agrupación de licitadores retenga las prestaciones características del contrato, es decir, la gestión del proyecto, la concepción del sistema, el desarrollo, la realización, la entrega y el funcionamiento de los componentes centrales del sistema global propios del proyecto, el desarrollo, la entrega y la gestión de las tarjetas según su ciclo de vida, así como del desarrollo de los terminales”.

De esta forma, el Derecho de la Unión anterior a la Directiva 24/2014/UE no permite establecer una prohibición general de subcontratación, ni tampoco la de subcontratar partes específicas una la obra⁶. Ni siquiera, cuando se trate de la ejecución de prestaciones esenciales⁷.

En este punto, hemos de convenir con GIMENO FELIÚ⁸ que la posibilidad de valorar la subcontratación en la fase de solvencia merece una crítica positiva. Y es que, como señala el citado autor, este criterio “puede permitir que realmente se seleccione a las empresas más capaces desde una visión global del contrato, con lo que, a la vez de garantizar una verdadera concurrencia, se favorecería el mejor cumplimiento de la prestación contractual”.

La doctrina jurisprudencial que acabamos de resumir tuvo su reflejo en los arts. 47.2 y 48.3 de la Directiva 2004/18/CE. Dichos artículos prevén que en su caso, y para un contrato determinado, el operador económico puede basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. En tales supuestos –añade la Directiva– deberá demostrar que dispondrá de los medios necesarios “por ejemplo”, mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto. De esta forma, el tenor de la Directiva es completamente coherente con el amplio alcance del derecho a emplear recursos de otras entidades⁹ tal y como fue establecido al respecto en las primeras sentencias, de forma que este derecho es ejercitable, entre otros supuestos, cuando el operador económico se basa en las capacidades de otras entidades del mismo grupo social o de subcontratistas, siempre que pueda probar que dispone de los medios necesarios.

Por su parte, el segundo apartado del art. 52 de la Directiva prevé la posibilidad de que una empresa al solicitar la inscripción en una lista oficial o el certificado a un organismo, pueda basarse en las capacidades de otras entidades, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) que el operador económico forme parte de un grupo de empresas; b) que el operador económico invoque los medios de las sociedades que forman ese grupo, y c) que el operador económico pruebe: que dispone de dichos medios; que esa disposición la mantendrá durante todo el plazo que tiene vigencia el certificado de clasificación: que aquellas sociedades

6. ARROWSMITH, S., *Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, 3 ed., Sweet and Maxwell, 2014, p. 1326.

7. En relación con esta cuestión, como analizaremos en el último epígrafe de este trabajo, la nueva Directiva introduce novedades significativas.

8. GIMENO FELIÚ, J. M., “Reflexiones críticas sobre el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n° 14, año 2007, p. 14.

9. ARROWSMITH, S., *Law of Public and Utilities...*, p. 1197.

mantendrán, también durante este plazo, los requisitos de solvencia en los que se fundamenta el operador económico solicitante. Así, el considerando cuadragésimo quinto de la Directiva explica que por lo que se refiere a las listas oficiales de operadores económicos autorizados, es importante tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los casos en que un operador económico que forme parte de un grupo utilice la capacidad económica, financiera o técnica de otras sociedades del grupo en apoyo de su solicitud de inscripción según la cual “corresponde en este caso al operador económico probar que dispondrá efectivamente durante estos medios durante toda la duración de validez de la inscripción. A efectos de esa inscripción, un Estado miembro puede por lo tanto determinar los niveles de exigencia que deban alcanzarse, y en particular, por ejemplo, cuando dicho operador se valga de la capacidad financiera de otra sociedad del grupo, el compromiso, si es necesario solidario, de esta última sociedad”.

La labor de exégesis realizada por la jurisprudencia posterior se ha referido al reconocimiento del derecho cuando el licitador adopta la forma de consorcio, a la aplicación de estos preceptos en los supuestos no cubiertos totalmente por la Directiva “clásica” y a las posibles limitaciones que sobre el reconocimiento de este derecho pueden introducir los Derechos nacionales¹⁰.

En primer lugar, la doctrina examinada, es aplicable a los supuestos en los que el operador económico adopte la forma de consorcio. Así, la STJUE de 18 de julio de 2007, C-399/05, *Comisión contra Grecia*, recuerda que no es necesario que cada uno de los miembros del consorcio ofertante cumpla todos los criterios de selección. En ese caso, el criterio de selección se refería a la experiencia.

Por su parte, se ha discutido si el derecho a la acreditación de la solvencia por medios externos esta ínsito en el Derecho originario, de forma que también se ostentaría en el ámbito de los contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por el Derecho derivado. Pues bien, la STJUE de 17 de marzo de 2011, C-95/10, *Strong Segurança SA*, ha declarado que la Directiva 2004/18/CE no impone a los Estados miembros la obligación de aplicar su artículo 47, apartado 2, también a los contratos que tengan por objeto servicios incluidos en el anexo II B de la misma Directiva, aunque en modo alguno impida que los Estados miembros y, en su caso, las entidades adjudicadoras prevean en su legislación y en la documentación relativa al contrato, respectivamente, la aplicación de dicha disposición. Y es que el

10. Todo ello, al margen de la sentencia *Édukövízig*, ya citada.

derecho a acreditar la solvencia mediante medios externos no puede derivarse ni del principio de “competencia efectiva”¹¹ ni del de igualdad¹². En ese sentido, baste añadir que 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) no hacía la más mínima alusión a la eventual obligación por parte del poder adjudicador de reconocer la solvencia acreditada a través de medios externos¹³.

Finalmente, la STJUE de 10 de octubre de 2013, C-94/12, *Reagrupamiento Temorneo de imprese*, analiza si el Derecho nacional puede establecer limitaciones a la posibilidad de integrar la clasificación del contratista a través de medios externos. En concreto, se discutía la adecuación al Derecho italiano de una disposición del Código de contratos públicos que impedía al licitador invocar las capacidades de más de una empresa auxiliar para cada una de las categorías de “habilitación”. El Tribunal concluye que, una norma que imponga un límite de este tipo, con carácter general, vulnera el Derecho de la Unión Europea. Así,

“[...] procede considerar que la Directiva 2004/18 permite acumular capacidades de varios operadores económicos para cumplir las exigencias mínimas de capacidad establecidas por la

11. Y es que “aun cuando la competencia efectiva constituya el objetivo esencial de dicha Directiva, este objetivo, por importante que sea, no puede llevar a interpretar la misma Directiva en contra de sus términos claros, que no mencionan el artículo 47, apartado 2, de ésta entre las disposiciones que las entidades adjudicadoras deben aplicar en la adjudicación de los contratos relativos a servicios incluidos en el anexo II B de dicha Directiva”.
12. Así, el Tribunal literalmente afirma que “la inexistencia de esta obligación no supone ninguna discriminación, directa o indirecta, por razón de la nacionalidad o del lugar de establecimiento. Ha de señalarse 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” (apartados 41 y 42).
13. Cfr. con ARROWSMITH, S., (*Law of Public...*, *op. cit.*, p. 1326), para quien es discutible que el Tratado permita a las autoridades restringir la forma mediante la cual los operadores económicos elijen ejecutar el contrato público, al menos cuando no haya justificación para ello. Con carácter general, según la autora, la subcontratación debe permitirse también para los contratos no cubiertos por la Directiva.

entidad adjudicadora siempre que se acredite ante ésta que el candidato o el licitador que invoca capacidades de una o más entidades tendrá efectivamente a su disposición los medios de esas últimas que resulten necesarios para la ejecución del contrato.

Dicha interpretación es conforme con el objetivo de abrir los contratos públicos a la mayor competencia posible que persiguen las directivas en la materia en beneficio no sólo de los operadores económicos, sino también de las entidades adjudicadoras (véase, en ese sentido, la sentencia de 23 de diciembre de 2009, CoNISMa, C-305/08, Rec. p. I-12129, apartado 37 y jurisprudencia citada). Además, como señaló el Abogado General en los puntos 33 y 37 de sus conclusiones, igualmente puede facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos, lo que persigue también la Directiva 2004/18, como señala su considerando 32.

Ciertamente, no puede excluirse que existan obras que presenten particularidades que necesiten una determinada capacidad que no puede obtenerse uniendo capacidades inferiores de varios operadores. En ese supuesto, la entidad adjudicadora está facultada para exigir que el nivel mínimo de la capacidad de que se trate sea alcanzado por un único operador económico o, en su caso, recurriendo a un número limitado de operadores económicos, en virtud del artículo 44, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18, cuando dicha exigencia esté relacionada y sea proporcionada al objeto del contrato de que se trate.

No obstante, dado que dicho supuesto constituye una situación excepcional, la Directiva 2004/18 se opone a que el Derecho nacional eleve dicha exigencia a la categoría de regla general, en el modo en que lo hace una disposición como el artículo 49, apartado 6, del Decreto Legislativo n° 163/2006.

El hecho de que, en el presente asunto, la apreciación del nivel de capacidad de un operador económico, por lo que atañe al valor de los contratos públicos de obras a los que puede acceder dicho operador, esté predeterminada de modo general en el marco de un sistema nacional de certificación o de inscripción en listas, carece de relevancia a este respecto. En efecto, los Estados miembros únicamente pueden ejercitar la facultad de prever un sistema de ese tipo que les reconoce el artículo 52 de la Directi-

va 2004/18 si cumplen lo establecido en otras disposiciones de dicha Directiva, en particular, en los artículos 44, apartado 2, 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de ésta” (apartados 33 a 37).

De esta forma, el Tribunal concluye que es posible integrar la solvencia a través de medios externos, con carácter general, a través de la acumulación de las clasificaciones de los distintos operadores externos. Y se insiste en que lo relevante es que se acredite que se alcanza el mínimo de solvencia exigible. Ahora bien, habrá supuestos en los que por las características intrínsecas de la prestación, este mínimo de solvencia en relación con una determinada capacidad sólo puede ser acreditada por un único operador económico. Pero necesariamente éste no ha de ser el propio licitador. Interesa insistir en este punto, porque una lectura apresurada de la sentencia ha podido permitir la defensa de interpretaciones que a mi juicio no son del todo fieles. En ningún caso la sentencia se refiere a la imposibilidad de acreditar la solvencia manifestada a través de la clasificación a través de medios externos en determinados casos. Ello se deduce del contexto de la concreta cuestión prejudicial que se analiza en el supuesto¹⁴ y de la jurisprudencia anterior en la que se enmarca.

Como explica en sus conclusiones el Abogado General Jääskinen¹⁵, en determinadas situaciones la capacidad técnica o profesional necesaria debe estar en manos de una única entidad. Por ejemplo, mientras que dos empresas con una capacidad de 50.000 toneladas de asfalto pueden cumplir juntas la capacidad requerida de 100.000 toneladas necesarias para la renovación de una autopista, dos empresas que poseen cada una de ellas el nivel de experiencia requerido para el mantenimiento y la reparación de relojes en estaciones de tren no cumplen automáticamente el criterio de capacidad requerida para las obras de reparación de relojes antiguos en iglesias medievales¹⁶. No obstante, el problema relativo a las posibili-

-
14. Y es que en ningún momento se discute que para una concreta categoría de clasificación el contratista pueda valerse de medios externos. Lo que se cuestiona es la limitación a que esta integración se limite a un solo medio externo.
 15. Conclusiones del Abogado General Jääskinen presentadas el 28 de febrero de 2013. En todo caso, interesa reseñar que a través de la Ley 161/2014, de 30 de octubre, se ha modificado el Decreto Legislativo 163/2006, por el que se aprueba el Código de los Contratos Públicos italiano, de forma que se admite expresamente la utilización de más de una empresa auxiliar para la integración de la solvencia mediante medios externos.
 16. En relación con la traslación de esta regla a nuestro Derecho, baste recordar que en el caso de las Uniones Temporales de Empresas se admite expresamente que se pueda acumular las capacidades de los integrantes de la UTE a efectos de determinar la categoría de clasificación. En este sentido, el art. 52 del Reglamento General de la Ley de contratos establece que cuando varias de las empresas se

dades de acumular determinados tipos de capacidades técnicas y/o profesionales no guarda relación alguna con la cantidad de empresas cuyas capacidades evoca un operador económico. De ese modo, –se añade– con independencia de si un operador económico está en posesión de la capacidad económica y financiera y de la capacidad técnica y profesional por sí mismo o invocando las capacidades de otros operadores, no deja de estar obligado a acreditar que cumple los criterios establecidos para la ejecución de un contrato de obras públicas concreto¹⁷.

En definitiva, deducir de la referencia que contiene la sentencia al artículo 44.2 de la Directiva, relativo a la posibilidad de que los poderes adjudicadores exijan niveles mínimos de capacidades que candidatos y licitadores deben reunir, que en todo caso el nivel mínimo de solvencia debe ser cumplido por el licitador con medios propios constituye una lectura cuanto menos cuestionable de la sentencia.

2. EL CONCEPTO DE “OPERADOR ECONÓMICO” NO EXIGE QUE ÉSTE POSEA MEDIOS PROPIOS

Como ya hemos señalado, a la hora de determinar el alcance de la posibilidad de integración de la solvencia a través de capacidades de terceros el Tribunal de Justicia ha afirmado que no es necesario que el licitador tenga la propiedad de los medios técnicos, económicos o financieros, sino sólo que sea capaz de acreditar que dispondrá de ellos durante la ejecución del contrato, aunque pertenezcan a un tercero. Este mismo criterio, de forma paralela, es utilizado por el Tribunal de Justicia a la hora de definir el concepto de “contratista”.

En efecto, en la STJUE de 12 de julio de 2001, C-399/98, *La Scala*, se analizaba si determinado convenio urbanístico tenía carácter contractual y estaba sometido, en consecuencia, a la Directiva sobre contratos de obras entonces vigente. Dado que ésta exige un contrato entre una entidad adjudicadora y “un contratista”, el Tribunal examina si el urbanizador reúne el requisito relativo a la condición de contratista. Así, se resaltaba que el urbanizador no se

encuentren clasificadas en el mismo grupo o subgrupo de los exigidos, la categoría de la unión temporal, en dicho grupo o subgrupo, será la que corresponda a la suma de los valores medios de las respectivas categorías ostentadas, en ese grupo o subgrupo, por cada una de las empresas, siempre que en la unión temporal participen en un porcentaje mínimo del 20 por 100. Por tanto, en el caso de la acreditación de medios externos, esta regla podría fácilmente aplicarse analógicamente. Ahora bien, como veremos *infra*, la acreditación de la clasificación a través de certificados de terceros no ha estado exenta de dudas interpretativas.

17. *Vid.* apartados 38 y 39 de las citadas conclusiones.

identifica por ser empresario o por tratarse de una empresa de construcción, sino simplemente tomando como base el título de propiedad de los terrenos que son objeto de la urbanización. No se le exige que reúna los requisitos particulares relativos a la capacidad técnica, la capacidad patrimonial, etc., salvo la obligación de presentar las garantías suficientes al Ayuntamiento, habida cuenta de los compromisos adquiridos en virtud del convenio de urbanización. Además, la tarea de elegir a los contratistas que se encargarán del proyecto y la realización de las obras corresponde únicamente al urbanizador titular de la licencia urbanística. Éste realiza las obras en nombre propio y no por cuenta del Ayuntamiento, al que se compromete a cederlas una vez terminadas. Pues bien, pese a todo ello, el urbanizador tiene la condición de contratista de obras ya que, según la sentencia que estamos reseñando:

“A este respecto, procede destacar que el artículo 1, letra a), de la Directiva no exige que la persona que celebra un contrato con una entidad adjudicadora sea *capaz de realizar directamente la prestación pactada con sus propios recursos para que pueda ser* calificado de contratista. Basta con que esté en condiciones de ejecutar la prestación de que se trate, aportando las garantías necesarias para ello.

De este modo, el artículo 20 de la Directiva establece que, «en el pliego de condiciones, el poder adjudicador podrá solicitar al licitador que le comunique en su oferta la parte del contrato que tenga eventualmente la intención de subcontratar con terceros».

En el mismo orden de ideas, el Tribunal de Justicia ha declarado, en relación con la Directiva 92/50, que dicha Directiva permite que, para probar que reúne los requisitos económicos, financieros y técnicos para participar en un procedimiento de licitación con el fin de celebrar un contrato público de servicios, un prestador se refiera a las capacidades de otras entidades, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de sus vínculos con ellas, siempre que pueda probar que efectivamente dispondrá de los medios de tales entidades necesarios para la ejecución del contrato (véase la sentencia de 2 de diciembre de 1999, *Holst Italia*, C-176/98, Rec. p. I-8607).

De los autos se desprende que, en una situación como la del litigio principal, en virtud de los compromisos adquiridos en el marco del convenio de urbanización celebrado con la administración municipal, el urbanizador titular de la licencia, tiene la obligación de aportar a dicha administración garantías suficientes respecto a la realización de las obras que se cederán

al Ayuntamiento y que el operador que el urbanizador escoge para efectuar las obras se adhiere a los acuerdos celebrados con la administración municipal. Así sucedía en el asunto principal, en la medida en que MCS aceptó los acuerdos que el Ayuntamiento de Milán había celebrado con Pirelli.

En estas circunstancias, no se puede excluir la concurrencia del requisito mencionado por el hecho de que el urbanizador no pueda realizar con sus propios recursos las obras de que se trata y ni porque el operador que estará encargado de llevar a cabo dichas obras haya sido escogido por el urbanizador titular de la licencia urbanística y no por la administración municipal.

Además, el hecho de que el titular de la licencia efectúe las obras de urbanización en su propio nombre, antes de cederlas al Ayuntamiento, no puede despojar a este último de su calidad de entidad adjudicadora con respecto a la realización de tal obra (apartados 90 a 95)“.

Este mismo criterio es mantenido después en la STJUE de 23 de diciembre de 2009, C-305/08, *CoNISMa*, en la que se discute si las disposiciones de la Directiva 2004/18/CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la participación, en un contrato público de servicios, de una agrupación constituida exclusivamente por universidades y administraciones públicas. Precisamente, el órgano jurisdiccional remitente cuestiona que tal agrupación pueda ofrecer la profesionalidad y la capacidad de una empresa típica o la maquinaria sofisticada y los operadores altamente cualificados que requiere el servicio de que se trata¹⁸. En relación con este punto, el Tribunal se limita a recordar que:

“de conformidad también con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las normas comunitarias no exigen que la persona que celebra un contrato con una entidad adjudicadora sea capaz de realizar la prestación pactada directamente con sus propios recursos para que pueda ser calificada de contratista, esto es, de operador económico. Basta con que esté en condiciones de ejecutar la prestación de que se trate, aportando las garantías necesarias para ello (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de julio de 2001, *Ordine degli Architetti y otros*, C-399/98, Rec. p. I-5409, apartado 90) (apartado 41)“.

18. *Vid.* apartado 39 de las conclusiones del Abogado General Mazák presentadas el 3 de septiembre de 2009.

III. LA AZAROSA ASIMILACIÓN DE LA INTEGRACIÓN DE LA SOLVENCIA A TRAVÉS DE MEDIOS EXTERNOS EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. PLANTEAMIENTO

La incorporación a los Ordenamientos nacionales del derecho del licitador a integrar su solvencia mediante medios externos no ha resultado especialmente sencilla.

Como señala COZZIO¹⁹, el mecanismo de acreditación de la solvencia mediante medios externos es la expresión del “favor” europeo para lograr la más amplia participación en los procedimientos de licitación. Sin embargo, es observable que tanto el legislador como los jueces nacionales parecen limitar su utilización, sujetando su utilización tanto al cumplimiento de determinados requisitos formales (por ejemplo, señalando la necesidad de un contrato de puesta a disposición) como introduciendo reglas de responsabilidad que no encontraban anclaje en la Directiva 2004/18/CE²⁰.

Esta tendencia obstativa al reconocimiento del derecho a emplear medios externos para la acreditación de la solvencia puede encontrarse sin dificultad en buena parte de nuestra práctica jurídica. El fenómeno sin duda se ha visto favorecido por la parca y probablemente no excesivamente afortunada de la trasposición de la Directiva en este punto, que ha propiciado que el panorama aplicativo sea especialmente vidrioso.

2. LA PROGRESIVA TRANSPOSICIÓN DEL DERECHO DEL LICITADOR A INTEGRAR SU SOLVENCIA CON MEDIOS EXTERNOS

La posibilidad de que la solvencia de los licitadores pudiera ser acreditada invocando la disponibilidad de medios de otras empresas se preveía ya en el art. 15.1 Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP). Dicho precepto, a la hora de regular la capacidad de las empresas, permitía considerar no solo la solvencia de la entidad o sociedad que pretendiese ejecutar el contrato, sino también atender en su conjunto a todo el grupo de sociedades siempre que la entidad matriz acredite su disponibilidad sobre los medios de las sociedades filiales para ejecutar el contrato. Esta previsión se incluyó durante la tramitación de la Ley, y tenía como finalidad confesa incorporar la doctrina de la ya amplia-

19. COZZIO, M., «La función de la jurisprudencia...», *op. cit.*, p. 111.

20. Los ejemplos pertenecen al Derecho italiano, que regula la integración de la solvencia mediante medios externos en los artículos 49 y 50 del ya citado RD Legislativo 163/2006, por el que se aprueba el Código de Contratos Públicos.

mente citada STJUE de 14 de abril de 1994, *Ballast Nedam Groep I*²¹, según la cual, como ya hemos visto, para apreciar los criterios a que debe responder un contratista, al examinar una solicitud de clasificación presentada por una persona jurídica que domine un grupo, se podrá tener en cuenta a sociedades que pertenezcan al grupo, siempre y cuando la persona jurídica de que se trate acredite que tiene efectivamente a su disposición los medios de dichas sociedades que sean necesarios para la ejecución de los contratos. No obstante, pese a la evolución posterior de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en la materia –pues se reconocía en realidad la existencia de un derecho, que no se limitaba a la sociedad dominante del grupo y que podía ejercitarse además a través del recurso a la subcontratación (STJUE de 18 de diciembre de 1997, C-5/1997, STJUE de 2 de diciembre de 1999, C-176/1998, STJUE de 18 de marzo de 2004, C-314/01)²²– no se introdujeron modificaciones a dicho artículo hasta la aprobación de la LCSP.

De esta forma, habrá que esperar a la trasposición de la Directiva 2004/18/CE para que se produzca una regulación algo más acertada del derecho a la integración de la solvencia mediante medios externos. Y así, el art. 52 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) dispuso que, para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios. Con idéntico tenor, se contiene la regulación de la acreditación de la solvencia mediante medios externos en el art. 63 TRLCSP.

Al margen de ello, el art. 54.1 LCSP estableció que el caso de que una parte de la prestación objeto del contrato tenga que ser realizada por empresas especializadas que cuenten con una determinada habilitación o au-

21. En efecto, el segundo párrafo del apartado 1 del art. 15 LCAP fue introducido como consecuencia de la enmienda 323 del GP Catalán-CiU, aceptada en el dictamen de la Comisión del Congreso. La enmienda se justificaba en la necesidad de contemplar el supuesto de los *holdings* o grupos de sociedades, invocándose en este sentido la STJUE de 14 de abril de 1994.
22. *Vid. supra*. En efecto, el tenor del artículo citado, a la luz de la evolución de la jurisprudencia europea, contenía una regulación sumamente restrictiva de la integración de la solvencia mediante medios externos. Así, se disponía que: “en el supuesto de personas jurídicas dominantes de un grupo de sociedades, se podrá tener en cuenta a las sociedades pertenecientes al grupo, a efectos de acreditación de la solvencia económica, financiera técnica o profesional, o de la correspondiente clasificación, en su caso, de la persona jurídica dominante, siempre y cuando esta acredite que tiene efectivamente a su disposición los medios de dichas sociedades necesarios para la ejecución de los contratos”.

torización profesional, la clasificación en el grupo correspondiente a esa especialización, en caso de ser exigida, podrá suplirse por el compromiso del empresario de subcontratar la ejecución de esta porción con otros empresarios que dispongan de la habilitación y, en su caso, clasificación necesarias, siempre que el importe de la parte que debe ser ejecutada por éstos no exceda del 50 por ciento del precio del contrato. Este inciso, que ha resultado cuanto menos perturbador, pasó a integrarse en 65.1 TRLCSP. No obstante, ha sido derogado por el número tres de la disposición final tercera de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público²³.

Finalmente, como ya hemos visto, el art. 52 de la Directiva prevé la posibilidad de que una empresa al solicitar la clasificación pueda basarse en las capacidades de otras entidades. Esta disposición fue transpuesta al ordenamiento español en el art. 56.3 LCSP y constituye ahora el vigente art. 67.3 TRLCSP. El precepto establece que en el supuesto de personas jurídicas pertenecientes a un grupo de sociedades, y efectos de la valoración de su solvencia económica, financiera, técnica o profesional, se podrá tener en cuenta a las sociedades pertenecientes al grupo. No obstante, a tenor de la jurisprudencia del TJUE, hay que entender que esta posibilidad es una obligación si se cumple el segundo requisito que establece el precepto, a saber, que la sociedad acredite que tendrá efectivamente a su disposición, durante un año si se trata de integrar la solvencia económica y financiera, y tres si se trata de la técnica y profesional, los medios de dichas sociedades. En todo caso, la aplicación de este precepto ha resultado mucho más pacífica que la de los anteriores²⁴.

3. LA DISCUTIBLE (Y PROBABLEMENTE MAYORITARIA) TENDENCIA A IMPONER LÍMITES A LA INTEGRACIÓN DE LA SOLVENCIA CON MEDIOS EXTERNOS EN LA DOCTRINA ADMINISTRATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Como ya hemos adelantado, la aplicación de los preceptos del TRLCSP no está resultando ni sencilla, ni pacífica. Y en este punto se puede advertir

23. En relación con las distintas interpretaciones que puede darse al hecho de que el citado inciso haya desaparecido de la norma, *vid. infra* epígrafe 3.3.

24. En este sentido, baste señalar que como ha resaltado el Informe 9/2008 JCCA Cataluña, de 27 de noviembre la redacción de este precepto es claramente más restrictiva que la del artículo 63 de la TRLCSP anteriormente mencionado, al hacer referencia exclusivamente a sociedades que pertenecen en un mismo grupo, de manera que se exige la existencia de un determinado vínculo jurídico entre ellas. Ello es absolutamente coherente con la naturaleza de la clasificación.

la tendencia innegable –aunque tengo dudas de si es mayoritaria– a imponer determinados límites cuya compatibilidad con el Derecho de la Unión es a veces bastante cuestionable.

Desde una perspectiva metodológica hemos de advertir que en este epígrafe se pondrá especial énfasis en aquellas resoluciones que realizan una lectura restrictiva de la facultad del licitador a integrar su solvencia con medios ajenos. Sin embargo, debe tenerse presente que esta tendencia no puede predicarse de todos los operadores jurídicos que se han enfrentado a este tipo de cuestiones²⁵. Es más, en algunos puntos concretos, como oportunamente se resaltarán, la diversidad de criterios es más que evidente.

Pues bien, los principales obstáculos que se han opuesto a la posibilidad de que el contratista integre su solvencia a través de medios de terceros se refieren a la necesidad de que acredite un mínimo de solvencia, a la definición de ciertas capacidades como intrínsecas del empresario, a las limitaciones de integración en los supuestos de clasificación, a las prohibiciones de subcontratación establecidas en el pliego, a la caracterización de la habilitación empresarial o profesional como requisito de aptitud diferenciado de la solvencia y, finalmente, a problemas prácticos ligados a la indiscutible necesidad de acreditar que el licitador dispondrá de los medios ajenos durante la ejecución del contrato.

3.1. La exigencia de un mínimo de solvencia

Según el artículo 54 TRLCSP 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.

En virtud de este precepto, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales²⁶, exige un “mínimo de solvencia” al licitador, de forma que, si no acredita éste, tendrá vedada la posibilidad de integración

25. En especial, puede advertirse una interpretación mucho más respetuosa con el Derecho Europeo en los informes ICCA Aragón, 29/2008, de 10 de diciembre y 1/2010, de 17 de febrero, asumidos en su integridad por el Acuerdo TACPA de 16 de marzo de 2012 (rec. 8/2012). *Vid.* igualmente, el Acuerdo 10/2008 JCCA Islas Baleares de 12 de septiembre de 2008. También en algunas sentencias que oportunamente citaremos puede advertirse idéntica orientación.

26. *Vid.* entre muchas otras, RRTACRC de 23 de septiembre de 2014, rec. 584/2014 y de 4 de abril de 2014, rec. 132/2014.

de su solvencia a través de medios externos. Por ejemplo, en los términos de la RTACRC de 12 de diciembre de 2014, Rec. 929/2014,

“[...] éstos [preceptos] no autorizan a que se prescinda de la acreditación de toda solvencia propia del licitador que se valga de medios de terceros (integrados o no en una UTE), sino tan sólo a que pueda “basarse en las capacidades de otras entidades”, lo que da a entender que posee cierta capacidad propia. Así parece darlo por sentado la Sentencia del TJUE de 10 de octubre de 2013 (asunto C-94/12)”.

En mi opinión, se efectúa así una lectura asistemática del art. 54 TRLCSP, que aunque innegablemente obliga a la acreditación de la solvencia por parte del empresario, en ningún momento exige que esta acreditación se realice con medios propios. Resulta cuando menos paradójica la referencia a una de las sentencias del TJUE cuando precisamente, como ya hemos analizado, del estudio atento de la jurisprudencia del Tribunal Europeo parece desprenderse la interpretación contraria. En todo caso, el criterio del Tribunal Central plantea la difícil cuestión de determinar en cada caso cuál es el mínimo de solvencia que el pliego puede exigir que se acredite a través de medios propios.

Aunque el criterio según el cual es posible completar –que no integrar completamente– la solvencia del licitador ha sido seguido en alguna resolución de otros Tribunales Administrativos de Recurso²⁷, no parece que haya sido asumido por la jurisprudencia. Así, para la SAN de 4 de noviembre de 2013 (rec. 444/2012), el argumento esencial de la recurrida resolución del TACRC, consistente en la exigencia de un mínimo de solvencia propia del licitador, no parece compadecerse exactamente con la normativa y la jurisprudencia europea.

Del mismo modo, la STS de 22 de mayo de 2013 (rec. 3583/2011) afirma que la Ley no exige que los medios sobre los que se soporta la solvencia técnica o profesional deban estar integrados en la empresa contratante, pues admite que no estén directamente integrados en ella, lo que deja abierto el margen para que la empresa contratante pueda contratar con otras que le presten sus propios medios²⁸.

27. *Vid.* RTARC Andalucía, 17 de diciembre de 2013, rec. 144/2013.

28. Más ambigua en este punto es la STSJ Comunidad Valencia de 2 de mayo de 2102 (rec. 928/2010), que se refiere a la posibilidad de completar la solvencia con medios que proceden de terceros, aunque esta cuestión se trata sólo de manera tangencial en la sentencia.

3.2. La imposibilidad de utilizar medios externos para acreditar circunstancias intrínsecas de la empresa

Una de las principales dificultades para integrar la solvencia con medios externos consiste en determinar si todo tipo de capacidades pueden integrarse a través de terceros o si, por el contrario, existen concretos aspectos de la solvencia que, al tener carácter “personalísimo”, sólo pueden acreditarse de forma directa por el licitador.

En este sentido, precisamente una de las primeras interpretaciones del Derecho de la Unión, la efectuada en el IJCCA 45/02, de 28 de febrero de 2003, partía de la imposibilidad de utilizar medios externos para acreditar circunstancias intrínsecas de la empresa. Según el informe citado,

“toda vez que aquellos que se refieren a aspectos propios de esos organismos o empresas distintos es evidente que no pueden ser admitidos a tal fin. Tal es el caso de la acreditación de la solvencia financiera mediante referencia a empresas u organismos distintos, pues se trata de una referencia inequívocamente unida a la empresa no sustituible por referencias externas. Así, el informe de instituciones financieras o el seguro de riesgos profesionales o las cuentas anuales, que en todo caso estarán referidas a elementos o partidas consignadas en las mismas, a que se refiere los apartados a) y b) del artículo 16 de la Ley, por tratarse de medios directamente relacionados con una empresa y que carecen de valor para acreditar la solvencia de empresas distintas. Sin embargo, la disponibilidad de personal técnico cualificado, de medios materiales tales como maquinaria, material, instalaciones y equipo técnico, de la experiencia exigida pueden ser acreditadas mediante las citadas referencias a medios de otras empresas”.

El criterio mantenido según el cual la solvencia económica o financiera es personalísima del licitador ha resultado ser incompatible con la propia literalidad de sentencias posteriores del TJUE. De hecho, la solvencia económica no se considerará ya una característica intrínseca de la empresa en el Informe JCCA 29/2010, de 24 de noviembre. Y así viene sido reconocido con normalidad por la jurisprudencia²⁹.

Sin embargo, al margen de estas consideraciones, existen otras capacidades que se tienden a caracterizar como personalísimas, sin que puedan

29. Vid. SAN de 16 de marzo de 2011 (rec. 71/2010) o STSJ Madrid de 18 de diciembre de 2013 (rec. 670/2013). Vid. igualmente RTCRC de 9 de enero de 2015 (rec. 927/2014) y RTACR de 5 de enero de 2012 (rec. 320/2011), entre otras.

así integrarse mediante medios externos. En concreto, en algunos informes y resoluciones –no existe uniformidad a respecto–, se ha entendido que no son susceptibles de integración mediante medios externos ni los certificados de gestión de calidad y ambientales, ni tampoco la experiencia.

Así, según el Informe JCCA 29/2010, los certificados de gestión de la calidad y ambientales se refieren a características intrínsecas de cada empresa que afectan básicamente a las peculiaridades de su funcionamiento y, por tanto, no pueden ser transferidos de unas a otras³⁰. De esta forma, según el informe, los certificados expedidos para una empresa determinada acreditan el cumplimiento por ella de las normas citadas con respecto a los niveles de calidad y de gestión medioambiental, pero no de las restantes empresas del grupo. De igual modo el certificado expedido para una empresa no puede servir para acreditar el cumplimiento de tales normas por otras que no los posean o los posean para actividad diferente.

En el mismo sentido, la RTACRC de 26 de octubre de 2011 (rec. 216/2011), concluye no sería aceptable, para acreditar el cumplimiento de las normas relativas a la gestión de la calidad y medioambiental, basarse en su cumplimiento por otra empresa, ya que éste se refiere a un aspecto propio e intrínseco de la organización y funcionamiento de una empresa que no es sustituible por el de otra. Además, la referencia a la solvencia de otra empresa sólo es posible en lo que respecta a la disponibilidad de medios personales y materiales para la ejecución del contrato.

Frente a ello, el Informe JCCA Aragón 29/2008, de 10 de diciembre ya advirtió que la jurisprudencia europea no permitía mantener que existen circunstancias personalísimas cuya acreditación es imposible a través de medios externos. Y con buen criterio, las RRTARC Andalucía, 26 de noviembre de 2013 (rec. 174/2013) y 17 de diciembre de 2013 (rec. 144/2013), consideran que, en relación con determinados certificados de gestión de calidad y medioambiental, el licitador podrá, en principio y sin perjuicio del análisis que se efectúe en cada supuesto concreto, completar o integrar con medios ajenos el resto de la solvencia exigida en los pliegos que rigen la licitación, sin más limitación que la derivada de la acreditación efectiva de la disposición de esos medios para la ejecución del contrato³¹.

30. Comparte el criterio de la JCCA en su informe 45/2002, la JCCA Cataluña (Informe 9/2008, de 27 de noviembre).

31. Precisamente ello es lo que acontece en el caso examinado donde las entidades adjudicatarias completan la solvencia técnica exigida en el PCAP mediante la aportación de acuerdos o compromisos de colaboración con otras entidades que sí son titulares de los certificados de que aquéllas carecen.

Por su parte, ya la STS de 14 de julio de 2009 (rec. nº 5619/2006) confirmó la adecuación a Derecho de la resolución que en la valoración de la capacidad técnica de la adjudicataria tuvo en cuenta el que contara a través de otra sociedad del grupo con un certificado de calidad ISO 9000 en asistencia postventa³².

Por otro lado, el Tribunal central ha reiterado que la experiencia es una condición intrínseca de la empresa y, por tanto, no puede acreditarse a través de medios externos. Por ejemplo, la RTACRC de 12 de diciembre de 2014 (Rec. 929/2014) afirma que:

“[...] el recurso a medios de otras empresas ha de entenderse limitado por la naturaleza del medio elegido por el órgano de contratación para acreditar la solvencia, de manera que no será posible invocar el artículo 63 TRLCSP cuando dicho medio se refiera a aspectos propios e intrínsecos de la organización y funcionamiento de las empresas soluciones de este Tribunal 254/2011, 238/2013, 531/2013)”³³.

Sin embargo, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 22 de abril de 2008 (rec. 1341/2002) ha considerado posible la integración de un criterio de selección relativo a la experiencia a través de medios externos.

Finalmente, la RTACRC de 14 de marzo de 2014 (rec. 54/2014) considera que los medios personales constituyen un elemento intrínseco de la empresa que no puede integrarse a través de medios ajenos. Así,

“En relación al primer punto, esto es, a que la empresa cuente con una plantilla mínima de al menos tres abogados y un Licenciado o Graduado en Ciencias Económicas, o de lo contrario no será admitido, hay que señalar que se trata de una exigencia

32. Vid. igualmente SAN de 10 de octubre de 2012 (rec. 32/2010).

33. Y así, la RTACRC de 23 de Mayo de 2012 (rec. 92/2012) en relación con la experiencia afirma que: Así pues, entra dentro del ámbito de la discrecionalidad del órgano de contratación exigir la acreditación de la solvencia técnica utilizando la experiencia en los términos descritos en el pliego de cláusulas o bien establecer el citado medio como alternativo a otros, suavizando así la capacidad técnica exigida. En cambio definida así la experiencia –mediante la exigencia de un importe mínimo de suministros en los últimos cinco años–, sin perjuicio de que sea posible acudir a medios de terceros para su acreditación cuando la misma requiera de una forma distinta a la aquí exigida, no puede pretender el órgano de contratación, cuando es él quien ha establecido el nivel mínimo de aptitud requerida, admitir su acreditación por medio de la experiencia de terceros cuando se trata de un requisito intrínseco y propio de cada licitador que únicamente puede ser cumplido por aquellos que hayan –en esta caso– realizado los suministros requeridos.

que no es contraria al TRLCSP tal y como se deduce del propio artículo 78. [...] De modo que la ley contempla que el empresario tenga plantilla o personal propio. Una cosa es que tengan capacidad para contratar las personas naturales y, otra, que la Administración no pueda exigir determinadas dimensiones o medios propios a la “empresa” de la que la persona natural es titular. La incorporación mediante la integración como medios externos de otros profesionales es algo posible, no prohibido en el pliego, pero siempre –a la vista de la cláusula– con carácter adicional a la exigencia mínima de la plantilla exigida al empresario”.

En definitiva, lo que se desprende de la rígida posición mantenida por el Tribunal Administrativo central es que se duda que, si admite la acreditación por medios externos, la ejecución del contrato vaya a ser realizada por empresarios en los que concurra la solvencia exigida. Por especialmente expresiva de este recelo merece ser citada la RTACRC de 22 de noviembre de 2013, Rec. 672/2013, según la cual:

“no cabe en el contrato de suministro del presente recurso, acudir a justificar la solvencia técnica con medios ajenos en su integridad, sin justificar esa solvencia con medios propios ligados a cualidades del propio licitador, tales como la experiencia o la buena ejecución de contratos anteriores, por lo que, la resolución impugnada, al excluir del procedimiento de licitación respecto de los lotes nº 7, 11 y 12, por el incumplimiento de ese esencial requisito es ajustada a Derecho. ¿Qué garantías tiene la Administración de que, en caso de adjudicar el contrato en esos concretos lotes, vaya la sociedad recurrente, futura adjudicataria, a cumplir fielmente el contrato, cuando no ha demostrado que haya hecho ella misma, por sus propios medios, otros contratos de suministro?: Ninguna. Y esa omisión no la puede cubrir con lo que hayan hecho otras sociedades, aunque éstas le firmen un documento por el que se comprometen a aportar sus medios personales y materiales para cumplir el contrato”.

En mi opinión, esta Resolución permite comprobar como parte de las dificultades para admitir la acreditación de determinadas capacidades a través de medios externos provienen de una incorrecta asimilación del propio concepto de solvencia. Como ya indicamos en la introducción a este trabajo, el enfoque formal que ha imperado en nuestra legislación y en la interpretación de la misma ha de dejar paso a una perspectiva funcional,

mucho más coherente con la propia finalidad de la solvencia –que no es otra que asegurar una correcta ejecución del contrato–.

De esta forma, la acreditación de la disponibilidad de los medios externos debe ser real y no formal, no siendo suficiente “prestar” el certificado³⁴, los medios o la experiencia, exclusivamente para el desenvolvimiento del proceso de licitación, desentendiéndose ambas empresas después del compromiso meramente “de papel” alcanzado.

En este punto, como subraya el Informe JCCA Aragón 29/2008, de 10 de diciembre, en los supuestos de integración de la solvencia a través de medios externos, es recomendable que en los pliegos de cláusulas administrativas se recoja expresamente que si los licitadores acuden a la posibilidad que les brinda el art. 52 LCSP (ahora art. 63 TRLCSP) se les exigirá demostrar que para la ejecución del contrato dispondrán de los medios aportados a través de otra entidad mediante la exhibición del correspondiente documento de compromiso y que en caso de resultar adjudicatario del contrato el licitador se compromete a ejecutar el mismo con los mismos medios que ha aportado para acreditar su solvencia. Asimismo, en estos supuestos debería recogerse específicamente en el contrato dicha circunstancia, adjuntando los compromisos debidamente formalizados. Y a todo lo anterior, el IJCCA Aragón 1/2010, de 17 de febrero, añade que cuando el operador económico contratista haya integrado o complementado su solvencia con medios externos, figurarán tales compromisos en el contrato que se formalice –siendo condición esencial– procediéndose en fase de ejecución a la celebración por parte del contratista de los correspondientes contratos que sean necesarios para hacer efectivos sus compromisos con tales medios externos, independientemente del porcentaje que su cuantía suponga respecto del importe de adjudicación del contrato. Sólo excepcionalmente –y, previa autorización del ente contratante– podrá sustituirse al subcontratista por otro que acredite solvencia equivalente, así como aptitud para contratar y ausencia de prohibiciones de contratar. En definitiva, como se desprende de la STJUE de 13 de abril de 2010, c-91/08 *Wall AG*, siempre que la persona del subcontratista fuera determinante en la adjudicación del contrato, un cambio respecto a esta puede suponer una alteración esencial del contrato público, independientemente de que este cambio se hubiera previsto en las condiciones de licitación³⁵.

34. BUDRÍA ESCUDERO, A., “La acreditación de la solvencia por medios externos”, *Revista de Estudios Locales*, nº 161, 2013, p. 252.

35. Sobre esta cuestión *vid. in extenso*, mi trabajo “La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública”, en *Observatorio*

3.3. La clasificación como característica intrínseca del empresario y sus excepciones

Como ya hemos adelantado, hasta la entrada en vigor de la disposición final tercera de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, el art. 65.1 TRLCSP en su segundo párrafo establecía que en el caso de que una parte de la prestación objeto del contrato tuviera que ser realizada por empresas especializadas que cuenten con una determinada habilitación o autorización profesional, la clasificación en el grupo correspondiente a esa especialización, en caso de ser exigida, podría suplirse por el compromiso del empresario de subcontratar la ejecución de esta porción con otros empresarios que dispongan de la habilitación y, en su caso, clasificación necesarias, siempre que el importe de la parte que debe ser ejecutada por éstos no exceda del 50 por 100 del precio del contrato.

Al aplicar este precepto, la RTACRC de 24 de febrero de 2011 (rec. 12/2011) entendió que la posibilidad que contemplaba el art. 65.1 TRLCSP, se refiere, tal y como del mismo se desprende, a “sectores especializados”. Esta Resolución fue confirmada por la SAN de 5 de noviembre de 2012 (121/2001)³⁶ que cuenta, no obstante, con un voto particular. De esta forma, para la Audiencia Nacional la posibilidad de subcontratar no significa poder suplir la clasificación exigida en el Pliego de Cláusulas a través de subcontratistas y, por otra parte, no exime al contratista de acreditar la clasificación exigida. De esta forma, añade la citada sentencia, la subcontratación está sujeta a la reunión de los requisitos establecidos en el entonces artículo 210.2 de la Ley 30/2007 (227.2 TRLCSP) que en ningún momento contempla la posibilidad de suplir la falta de clasificación del contratista por el subcontratista.

Por ello, resulta hasta punto cierto paradójico que la RTACRC de 29 de mayo de 2013 (rec. 222/2013)³⁷ afirme que no existe limitación alguna

de Contratos Públicos. Número monográfico especial (2015), Thomson Reuters, así como la bibliografía allí citada.

36. En aquel caso se rechazó que pudieran integrarse mediante subcontratación las clasificaciones relativas a “instalaciones eléctricas sin cualificación específica” y “ventilación, calefacción y climatización”.
Vid. igualmente, SAN de 16 de enero de 2013, rec. 303/2011.
37. Bien es verdad que quizá esta interpretación haya visto favorecida por las propias circunstancias concurrentes en el caso. Así, en el concreto supuesto, el recurrente acreditó disponer de una clasificación correspondiente al máximo que hubiera debido solicitar el órgano de contratación de acuerdo con el objeto del contrato. Y, aunque no se recurrió en su momento la citada cláusula del pliego por desproporcionada, el Tribunal entiende que lo cierto es que, salvo que lo justifique de alguna forma, no es razonable que el órgano de contratación plantee dudas sobre la capacidad de la recurrente para ejecutar esa parte del contrato, cuando dicha empresa ha justificado disponer de clasificación propia en el grupo y subgrupo correspondiente, y además que puede contar con los medios de otra

a la posibilidad de acreditar la clasificación mediante los certificados de un tercero, siempre que conste la declaración de puesta a disposición de la licitador de los medios necesarios en caso de resultar adjudicataria. En todo caso, probablemente esta es la perspectiva más correcta, pues el precepto que estamos analizando impone limitaciones a un concreto medio de acreditar la solvencia que resulta claramente incompatible con la jurisprudencia del TJUE.

En este contexto, el contenido de la RTARC de 9 de enero de 2015 (rec. 939/2014) causa cierta perplejidad, pues retoma la consideración de que la clasificación es una forma de acreditar la solvencia para la que no se pueden emplear medios externos. En primer lugar, para el Tribunal central el segundo párrafo del art. 65.1 TRLCSP seguiría vigente³⁸. Y en todo caso, la supresión del precepto, según la discutible interpretación sostenida, implicaría que “no cabría la suplencia de la clasificación ni siquiera en estos casos”. En mi opinión, no sólo se mantiene una opción hermenéutica algo forzada³⁹, sino que se vulnera la obligación de interpretar el TRLCSP de manera conforme con el Derecho de la Unión Europea, en especial, en aquellos supuestos de oscuridad del Derecho nacional⁴⁰. De esta forma, a mi modo de ver, es preciso concluir que ya no existen límites en el TRLCSP para integrar la clasificación a través de medios externos. La incorporación del inciso que hemos glosado en primero en la LCSP, en el TRLCSP después, no fue excesivamente afortunada.

3.4. Prohibición de la subcontratación establecida en el pliego

El art. 227.2 e) TRLCSP dispone que las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el su-

empresa que posee también clasificación en los citados grupo y subgrupo y en la categoría superior requerida en el pliego.

38. Sobre el complejo régimen transitorio establecido en la Ley 25/2013, *vid.* Circular 1/2014 de la Abogacía del Estado que, sin embargo, no analiza la vigencia del inciso que estamos analizando en el texto.
39. Mantiene una interpretación diferente, aunque reconoce que plantea problemas de conformidad con el Derecho de la Unión Europea, JURISTO CONTRERAS, R., “La integración de la clasificación con medios externos tras la Ley 25/2013”, *www.obcp.es*, 14/4/2014.
Para ROMÁN VILLAR, J. C., (“La integración de la clasificación del licitador con la de su subcontratista”, *www.obcp.es*, 17/11/2014,) sin embargo, la derogación normativa no ha producido cambio sustantivo alguno.
40. Insisten en este principio, entre otros, MORENO MOLINA, J. A.; PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*. 2 ed., La Ley, 2009, pp. 90 a 93.

puesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 por 100 del importe de adjudicación⁴¹.

En una interpretación literal y asistemática del precepto, a través del pliego se podría eliminar la facultad del licitador de integrar su solvencia mediante medios externos, siempre que se prohíba el recurso a la subcontratación. En caso de silencio del pliego, el contratista debería acreditar solvencia propia, pues estaría obligado a ejecutar, al menos, el 40 por 100 del contrato.

No obstante, dado que la anterior exégesis resulta contraria al Derecho de la Unión, es preciso interpretar que el art. 227 TRLCSP en el sentido de que este artículo se refiere exclusivamente a la fase de ejecución del contrato (y no a la selección del contratista)⁴². Su objeto es evitar precisamente que la ejecución de partes esenciales del contrato se encomiende a entidades cuyas capacidades técnicas y económicas no haya podido comprobar la entidad adjudicadora con ocasión de la selección del adjudicatario. Recuérdese que a esta conclusión llegó la STJUE de 18 de marzo de 2004, que analizó la cláusula de un pliego que era muy similar al tenor de la Ley española.

En todo caso, tanto el TACRC⁴³, como el TACP Madrid⁴⁴ consideran que sólo es posible integrar la solvencia a través de la subcontratación cuando ésta no está prohibida en el pliego⁴⁵.

41. Añade el precepto que para el cómputo de este porcentaje máximo, no se tendrán en cuenta los subcontratos concluidos con empresas vinculadas al contratista principal, entendiéndose por tales las que se encuentren en algunos de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio.
42. En este sentido, ya sostuvo GIMENO FELIÚ, J. M. (*Novedades de la Ley...*, op. cit., p. 187), que la subcontratación puede valorarse en la fase de solvencia, si bien ello obligaba a una adecuada interpretación del art. 116.1 b) del en aquel momento proyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Sobre las dudas interpretativas que plantea esta cuestión, *vid.* igualmente GRIS GONZÁLEZ, J. C., "La integración de la solvencia con medios externos en los contratos del sector público", *Cuadernos de Derecho Local*, nº 28, 2012, pp. 102 a 104.
43. Entre otras, RTACRC de 14 de marzo de 2014 (rec. 54/2014), RTACR de 19 de mayo de 2014 (rec. 298/2014), RTACR de 30 de octubre de 2013 (rec. 617/2013), RTACRC de 3 de febrero de 2012 (rec. 345/2012).
44. Acuerdo de 29 de enero de 2014 (rec. 222/2013).
45. En este sentido, la SAN de 26 de septiembre de 2012 (rec. 234/2010) ha declarado que el art. 210 LCSP (ahora 227 TRLCSP) sólo es aplicable una vez que se ha adjudicado el contrato y sirve para regular los términos de su ejecución. De esta forma, se añade "pertenece a la fase de ejecución del contrato, y para ello ha de presuponerse que el adjudicatario reúne todas las condiciones para que el mismo le sea adjudicado". En todo caso, hemos de reconocer que la sentencia no

3.5. La integración de la habilitación empresarial o profesional

Como es sabido, el art. 54.2 TRLCSP dispone que los empresarios deberán contar con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato.

Este precepto no viene sino a reconocer el hecho de que existen algunos sectores de actividad en los que, por imposición directa de la ley, no basta con la capacidad genérica de obrar sino que es preciso disponer de una capacidad suplementaria. Es el caso, por ejemplo, de la prestación de servicios de seguridad privada, que solo pueden serlo por las empresas de seguridad y en materia de seguros o en materia crediticia.

Como afirma el IJCCA 1/09, de 25 de septiembre, el título habilitante al que se refiere este precepto es un requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto. Lo que pretende el legislador al exigirlo es evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad en forma legal⁴⁶. Desde esta perspectiva, parecería dudosa la integración de la habilitación profesional a través de medios externos, en tanto en cuanto la posibilidad de integración se limita a la solvencia. En todo caso, la JCCA de Baleares admite expresamente la integración de la habilitación mediante medios externos⁴⁷.

Una orientación más matizada es la contenida en el IJCCA Madrid 6/2010, de 21 de diciembre, según el cual el empresario podrá “*complementar*” la acreditación de la habilitación empresarial o profesional que precisa para ejecutar el contrato, basándose en la habilitación y medios de una

afronta de manera directa la problemática de la limitación de la acreditación de la solvencia a través de la subcontratación por una disposición del pliego.

46. Dicho informe analiza, entre otros extremos, si las concesiones de emisoras de radio o televisión deben considerarse habilitación empresarial o profesional a que se refería el art. 43 LCSP (ahora 54 TRLCSP). La JCCA concluye que aun cuando la concesión de una emisora de radio puede presentar ciertas diferencias sustanciales con los títulos habilitantes a los que se refiere el precepto transcrito, es evidentemente también una modalidad de habilitación empresarial y, por consiguiente, está incluida en la exigencia prevista en él.
47. *Vid.* Acuerdo 10/2008 JCCA Islas Baleares de 12 de septiembre de 2008, según la cual “la documentación que evidencia la intención de subcontratar la parte de la prestación para la cual se requiere una solvencia, clasificación o habilitación o autorización profesional específicas, y que otra entidad dispone de ésta y se compromete a ejecutar aquella parte de la prestación en el supuesto en que el licitador resulte adjudicatario del contrato, se debe incluir en el sobre que incluye la documentación relativa a la personalidad y capacidad de la empresa, sin perjuicio de que una vez adjudicado provisionalmente el contrato se presente un documento con un compromiso firme”.

sociedad de su grupo de empresas. De esta forma, siempre sería preciso que el empresario poseyera la habilitación relativa al sector de actividad concreta, aunque ésta no cubra todas las actividades incluidas en el objeto del contrato, pues en relación a estas últimas sería posible la acreditación mediante medios externos⁴⁸. Ello es así porque,

“si bien la habilitación es un requisito de aptitud legal, que podríamos considerar como una capacidad de obrar administrativa específica que implica un mínimo de capacidad técnica, su relación con las demás capacitaciones técnicas exigibles como requisitos de solvencia técnica y profesional es evidente. Si el artículo 52 de la LCSP permite que, para la acreditación de estos mayores requisitos técnicos para contratar con el sector público, medios de solvencia, puedan los empresarios basarse en la solvencia y medios de otras entidades, siempre que demuestren que disponen de ellos, del mismo modo se puede admitir, en el caso objeto de consulta, que, para la acreditación de la habilitación precisa para ejercer la actividad objeto del contrato (requisito mínimo legal), la empresa licitadora pueda basarse igualmente en la habilitación de otra empresa de su grupo, dado que demuestra que cuenta con los medios de ésta para la ejecución del contrato, puesto que la habilitación se basa, al igual que la solvencia técnica y profesional, en la acreditación de la capacitación técnica o profesional a través de determinados medios. Más claro aún queda en la redacción del artículo 54.1 de la citada Ley, pues, aun cuando está referido a la exigencia de clasificación, menciona expresamente la habilitación al disponer que es posible subcontratar la parte del contrato que requiera una determinada habilitación o autorización profesional con un

48. En el supuesto, el pliego de prescripciones técnicas particulares del contrato exigía contar con el correspondiente Registro General Sanitario, en el que se recogen diferentes actividades.

La empresa licitadora contaba con el pertinente registro sanitario que la habilita para llevar a cabo parte de las actividades que conlleva el suministro, por lo que presenta su registro sanitario y el registro sanitario de una empresa perteneciente al mismo grupo empresarial, con igual domicilio, socios y órganos de administración, que la habilita para el resto de actividades que puedan ser exigibles, aportando declaraciones y escrituras para acreditar que cuenta con la totalidad de la habilitación exigida. Se concluye así que empresa licitadora podrá complementar su habilitación acreditando medios externos, puesto que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 43.2 de la citada Ley, acredita el mínimo de capacitación administrativa mediante medios propios, al estar inscrita en el registro oficial requerido.

tercero, por lo que con mayor motivo debe ser admisible también complementar la acreditación de la habilitación, respecto de una parte de la prestación objeto de contrato”.

Por su parte, en relación con los servicios de vigilancia privada, el TACRC en un primer momento mantuvo un criterio similar⁴⁹, es decir, entendió que era posible contratar estos servicios con una empresa habilitada como tal, aun cuando no tuviera la autorización específica para alguna de las actividades incluidas en la prestación, siempre que éstas se desarrollen por una empresa subcontratada que sí cuente con ella⁵⁰.

Sin embargo, este criterio fue corregido por la SAN de 16 de enero de 2013 (rec. 303/2011) que, no obstante, no aborda la cuestión desde la perspectiva relativa a determinar si la habilitación es un requisito de aptitud distinto del de la solvencia –no siendo en este caso, *a priori*, susceptible de ser integrado a través de medios externos–. Para resolver el recurso, la sentencia emplea el derogado inciso relativo a la integración de la clasificación a través de medios externos (art. 54.1 LCSP, 65.1 TRLCSP)⁵¹.

A partir de este momento, el Tribunal central mantiene que en los casos de prestación de los servicios de vigilancia no es posible la integración de la falta de aptitud legal para la prestación de parte de los servicios que constituyen el objeto del contrato mediante subcontratación con un tercero. Así, se rectifica criterio anterior a partir de la Resolución de 30 de Octubre de 2013 (rec. 603/2013)⁵² en la que la falta de autorización para prestar determinada actividad es calificada como un vicio insubsanable. Y ello porque,

“La suplencia de la falta de habilitación para la prestación del servicio de central de alarmas por medio de la subcontratación se ha visto afectada por dos circunstancias: de un lado, por la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2013 y, por otro, por los informes de la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior reflejados en el informe emitido por el del órgano de contratación. En cuanto a la resolución judicial y, pese a que no forma parte del concepto de jurisprudencia como fuente del Derecho ex artículo 1.6º del Código

49. Entre otras, RTACR de 21 de marzo de 2013, rec. 112/2013.

50. En concreto, se entendía que una empresa inscrita en el Registro de Empresas de Seguridad podía suplir su falta de habilitación para prestar el servicio de central de alarmas mediante la subcontratación.

51. *Vid.* epígrafe 3.2.

52. *Vid.* igualmente RTACR de 19 de mayo de 2014, rec. 298/2014.

Civil, este Tribunal si ha de ponderar su criterio, aun cuando esta resolución no entra en la competencia objetiva de revisión jurisdiccional por la Audiencia Nacional, tal y como expresa la mercantil recurrente. Sumada a esta interpretación dada por la Sentencia de la Audiencia Nacional, hemos de traer a colación el informe de la Unidad Central de Seguridad Privada, emitido a instancia de la Diputación Provincial con fecha de 16 de mayo de 2013, que viene a exigir que para la subcontratación de los servicios de explotación de centrales de alarma ambas empresas, la principal y la subcontratista, estén autorizadas para la prestación de los servicios objeto de la subcontratación. Requisito éste que no reunía la licitadora recurrente, por lo que el acto de adjudicación estaría aquejado de un vicio de nulidad de pleno Derecho” (subrayado nuestro).

Como puede advertirse, son dos las razones del cambio de criterio: la doctrina contenida en la SAN de 16 de octubre de 2013 –basada fundamentalmente en la aplicación de un precepto que hemos de entender derogado– y la interpretación de la normativa de seguridad privada mantenida por el Ministerio del Interior⁵³ –que en todo caso puede resultar controvertida, pues es opuesta a la que el propio Tribunal había efectuado en Resoluciones como las de 31 de marzo de 2013⁵⁴–.

Sobre esta cuestión, ha vuelto recientemente la RTARC de 9 de enero de 2015 (rec. 939/2014), que si bien considera que no es posible la integración parcial de la habilitación a través de la subcontratación, sí lo es a través de la autorización de una empresa del mismo grupo social. Esta conclusión se fundamenta en el hecho de que:

“mientras que la subcontratación es una vinculación puramente contractual entre empresa contratista y el prestador de una parte del servicio, la pertenencia a un mismo grupo empresarial añade a la vinculación contractual una vinculación de mucha mayor intensidad, pues ambas empresas, contratista principal y presta-

53. *Vid.* Informes UCSP nº 2013/83, de 5 de noviembre de 2013 y nº 2014/42, de 21 de mayo de 2014.

54. Resulta por lo demás reseñable que el Informe UCSP 2014/42 sugiera que puede “contemplarse de cara a la elaboración del futuro Reglamento de Seguridad Privada un nuevo planteamiento de la figura de la subcontratación en materia de seguridad privada que se acomode más a los intereses generales puesto que desde el punto de vista de la seguridad lo importante es que el servicio de seguridad que finalmente haya de prestarse sea ejecutado por una empresa de seguridad que esté habilitada para ello, ya sea como contratista principal o como subcontratada”.

dora del servicio, tiene en común la pertenencia a unos mismos socios o dueños, actuando por tanto una respecto de la otra como medio propio, instrumento para una misma comunidad de fines, vinculación especial que la legislación de contratos públicos reconoce expresamente en diversos preceptos, entre los que se encuentra el art. 63 TRLCSP, y que, para los poderes adjudicadores contratantes, se acoge en la doctrina *in house providing*".

La fundamentación de la resolución reseñada, en todo caso, provoca ciertas dudas. Desde la perspectiva de la normativa sobre contratación pública crea *ex novo* una distinción y prelación entre distintos tipos de integración de la solvencia ajena –subcontratación versus grupos de sociedades– completamente extraña al Derecho aplicable y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Desde la óptica de la interpretación de la legislación sobre seguridad privada, si la razón para no admitir la subcontratación en estos casos es considerar que las empresas cuya habilitación no cubre la integridad de las actividades objeto del contrato ni siquiera pueden ser admitidas como empresas licitadoras en los correspondientes concursos públicos convocados –como mantiene el Ministerio del Interior⁵⁵– no se termina de entender cómo el recurso a un tercero –aún integrado en un grupo de sociedades– permite obviar el requisito legal. En definitiva, no parece que el debate sobre la integración de estas específicas autorizaciones pueda entenderse en absoluto cerrado.

Pero más allá del supuesto concreto, la duda que puede subsistir es si puede integrarse la habilitación empresarial o profesional a través de medios externos. Tanto la Directiva 2004/18/CE (art. 47.2 y 48.3) como la Directiva 2014/24/UE (art. 63) limitan claramente la posibilidad de integración a la solvencia económica y financiera y a la capacidad técnica y de obrar, que es distinta a la habilitación para ejercer la actividad profesional. Esta última consiste en la "inscripción en un registro profesional o mercantil", en la posesión de una "autorización especial" o en la pertenencia "una determinada organización" (art. 58.2). Por tanto, una vez acreditada ésta, no parece una opción descabellada permitir *completar* la habilitación en los supuestos en los que una concreta actividad no esté cubierta por inscripción de la licitadora⁵⁶, en el sentido que hemos visto ha razonado la JCCA Madrid.

55. *Vid.* conclusiones Informe 2014/42, ya citado.

56. En todo caso, la determinación de la naturaleza jurídica de cada habilitación requiere un minucioso análisis caso a caso. Sirvan como ejemplo, en este sentido, las TACRC 18 de julio de 2014 rec. 494/2014 y TACRC 17 de septiembre de 2014, rec. 677/2014.

3.6. Acreditación de que el licitador dispondrá de los medios ajenos durante la ejecución del contrato

Como hemos insistido a lo largo del trabajo, la clave del uso certero de la integración de la solvencia a través de medios ajenos es la acreditación de que se dispondrán de dichos medios durante la ejecución del contrato, lo que podrá hacerse, por ejemplo, “mediante la presentación del compromiso de dichas entidades al efecto” (art. 47.2 y 48.3 Directiva 2004/18/CE). Pues bien, en determinadas ocasiones la integración de la solvencia a través de terceros ha tropezado con obstáculos prácticos derivados de las dificultades para demostrar que existe la plena disposición de los medios ajenos⁵⁷.

Así, por ejemplo, el Informe JCCA Aragón 29/2008, de 10 de diciembre, advertía que era difícil imaginar la integración con medios externos en los supuestos del artículo 47.1 párrafos a) y b) de la Directiva, traspuestos al ordenamiento jurídico español en el artículo 64.1 LCSP apartados a) y b) que se refieren a la acreditación de solvencia mediante la aportación de declaraciones de entidades financieras, justificantes de la existencia de seguro profesional, presentación de cuenta anuales o de libros de contabilidad.

En este sentido, con buen criterio, el TACRC ha considerado que no supone acreditación suficiente de la solvencia externa los compromisos genéricos de puesta a disposición medios externos (TACRC de 18 Abril 2013, rec. 170/2013).

Tampoco se ha entendido que pueda acreditarse de la solvencia económica y financiera de la licitadora a través de cartas de apoyo financiero ya que las mismas no suponen la asunción de ningún tipo de obligación concreta por parte de la sociedad matriz en la que se materialice el apoyo financiero⁵⁸.

57. En todo caso, también existen precedentes en los que se adopta una posición ciertamente flexible. Sirva como ejemplo la SAN de 10 de octubre de 2012 (rec. 32/2010) que admite la acreditación de la solvencia grupo social a través de un hecho notorio y que subraya que “en todo caso, ante la existencia de una posible duda del órgano de contratación, el principio de libre concurrencia y de buena fe en los contratos exige que antes de pronunciarse sobre la carencia del acreditamiento de dicha solvencia técnica, que la entidad licitadora pueda subsanar la declaración de voluntad no expresa, que dimanara de su único fin económico del grupo empresarial, mediante la declaración de voluntad expresa de la sociedad del grupo, detentora de la titulación formal de solvencia técnica, de la aportación de su efectiva disponibilidad de los medios con los que cuenta para el cumplimiento del contrato”.

58. RTACR de 5 de enero de 2012 (rec. 320/2011) y RTACR de 23 de enero de 2013, (rec. 336/2012).

En definitiva, toda esta experiencia aplicativa muestra como sólo podrá asegurarse la eficacia del derecho a acreditar la solvencia a través de las capacidades de terceras entidades si se regula correctamente su ejercicio.

IV. NUEVAS DIRECTIVAS, ¿NUEVAS PERSPECTIVAS?

La posibilidad de integrar la solvencia a través de medios externos provoca una innegable tensión entre objetivos de muy distinta naturaleza. Por un lado, es un mecanismo idóneo para lograr la apertura de la contratación pública a la competencia más amplia posible⁵⁹, favoreciendo en especial la participación de las PYMES⁶⁰. Pero, por otro, subsiste la necesidad de garantizar la adecuada ejecución del contrato adjudicado y, simultáneamente, de los principios de igualdad y transparencia que se verían menoscabados si el contrato es adjudicado a una empresa que presenta una solvencia ficticia, una solvencia meramente “de papel”. Desde esta perspectiva, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha insistido especialmente en el primer aspecto. Sin embargo, la experiencia nacional se ha movido principalmente en las coordenadas del segundo, de modo que el abanico de sentencias y resoluciones contradictorias dibujan un panorama desolador para el aplicador del Derecho.

En este contexto, resulta inevitable dirigir una esperanzada mirada hacia las nuevas Directivas sobre contratación pública, buscando en ellas un régimen de la integración de solvencia de medios externos que logre una mejor acomodación de los intereses en conflicto y que permita asegurar un mínimo de seguridad jurídica.

59. Valora positivamente que la jurisprudencia expresamente haya reconocido este principio, SÁNCHEZ GRAELLS, A., “With a Little help from my Friends: a flexible and competition-oriented interpretation of rules on reliance on third party capabilities in public procurement (Opinion in C-94/12)”, disponible en: <http://eutopialaw.com/2013/03/08/with-a-little-help-from-my-friends-a-flexible-and-competition-oriented-interpretation-of-rules-on-reliance-on-third-party-capabilities-in-public-procurement-opinion-in-c-9412/> [fecha de consulta: 1/4/15].

Sobre el principio de competencia efectiva, *vid.* SÁNCHEZ GRAELLS, A., *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart Publishing, 2011, pp. 189 a 220.

60. En este sentido, *vid.* las conclusiones del Abogado General Geelhoed en el asunto Siemens ARGE, C-314/01, presentadas el 20 de noviembre de 2003. *Vid.* también BARRIO GARCÍA, G., “Contratación pública y PYMES. Un comentario a la luz de la propuesta de Directiva en materia de contratación pública”, en Pernas García, *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, pp. 150 a 151 y apartado 4.2 del 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.

Pues bien, el art. 63 de la Directiva 2014/24/UE, que sustituye a los arts. 47.2 y 48.3 de la Directiva que deroga, establece un diseño menos parco de la posibilidad del “recurso a las capacidades de otras entidades”. El art. 64.1, de la Directiva 24/2014/UE, en cambio, no introduce cambios significativos respecto al art. 52.1 Directiva 18/2004/CE, en lo que respecta a la acreditación de la solvencia de los grupos de sociedades⁶¹. Sin embargo, como ya se ha señalado, la aplicación de este precepto ha resultado ser mucho más pacífica.

La regulación del “recurso a las capacidades de otras entidades” del art. 63 de la Directiva introduce ciertas garantías y nuevas restricciones a la facultad de integrar la solvencia con medios externos. Probablemente se intenta ofrecer un régimen jurídico más ponderado del mecanismo y vencer las resistencias a su aplicación. Por lo demás, en virtud de los apartados 63.1, último inciso, y 63.2, se aclara que este régimen es idéntico al de la acreditación de la solvencia a través de agrupaciones de operadores económicos⁶².

En todo caso, se mantiene el principio general según el cual, con respecto a los criterios relativos a la solvencia económica y a los criterios relativos a la capacidad técnica y profesional, un operador económico podrá, cuando proceda y en relación con un contrato determinado, recurrir a las capacidades de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. Sin embargo, se introducen dos limitaciones que no existían en la Directiva 2004/18/CE:

a) En primer lugar, se reconoce expresamente que determinados aspectos de la capacidad conforman un elemento esencial de la oferta y que, por tanto, los medios alegados no podrán ser objeto de sustitución durante la ejecución del contrato. De este modo, el art. 19 Directiva 2014/24/UE, segundo párrafo, dispone en el caso de los contratos públicos de servicios y de obras, así como de los contratos públicos de suministro que tengan

61. Según el nuevo precepto: “los Estados miembros adaptarán asimismo esas condiciones al art. 63, en relación con las solicitudes de inscripción presentadas por los operadores económicos que formen parte de una agrupación y utilicen los medios a su disposición por las demás sociedades de la misma. En tales casos, los operadores demostrarán a la autoridad que establezca la lista oficial que van a disponer de esos medios durante todo el periodo de vigencia del certificado que acredite su inscripción en dicha lista oficial y que, durante ese mismo periodo, esas empresas van a seguir cumpliendo los requisitos de selección cualitativa que implique la lista oficial o el certificado de los que dependa la inscripción de los operadores en ella”.

62. Así, por lo demás, se había reconocido en la sentencia ya citada *Comisión contra Grecia*.

por objeto además de servicios o trabajos de colocación e instalación, también podrá exigirse a las personas jurídicas que indiquen, en la oferta o en la solicitud de participación, los nombres y la cualificación profesional pertinente del personal responsable de ejecutar el contrato de que se trate. El elemento novedoso⁶³ se contiene en el art. 63.1, según el cual “con respecto a los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales que se indican en el anexo XII, parte II, letra f), o a la experiencia profesional pertinente, los operadores económicos únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si estas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades”. En mi opinión, se trata en todo caso de un régimen de mínimos, de forma que bien el Derecho nacional, bien los poderes adjudicadores a través de sus pliegos, pueden imponer un diseño más exigente que impida –o al menos limite– la sustitución de todos los medios externos invocados, tal y como ha planteado la JCCA de Aragón y hemos defendido en este trabajo⁶⁴. Probablemente, esta es la opción más respetuosa desde la perspectiva del principio de igualdad.

b) En segundo lugar, se crea un límite expreso a la integración de la solvencia a través de las capacidades de otras entidades que no estaba previsto ni en la Directiva 2004/18/UE ni en la jurisprudencia europea que la ha aplicado. El nuevo 63.2 establece que en el caso de contratos de obras de obras, contratos de servicios o las operaciones de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los poderes adjudicadores podrán exigir que determinadas tareas críticas sean ejecutadas directamente por el propio licitador o, en el caso de una oferta presentada por una agrupación de operadores económicos de las contempladas en el art. 19, apartado 2, por un participante en esta agrupación. Se altera así la regla establecida en la sentencia *Siemens AG*, según la cual el TJUE en fase

63. Por su parte, ya el art. 48.5 de la Directiva 2004/18 contiene normas específicas para la evaluación de las capacidades en este tipo de contratos. Así, en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro que requieran obras de colocación o instalación, la prestación de servicios y/o la ejecución de obras, la capacidad de los operadores económicos para prestar dichos servicios o ejecutar dicha instalación u obras podrá evaluarse teniendo en cuenta especialmente sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad.

64. Como advierte BUDRÍA ESCUDERO, A. (“La acreditación de la solvencia...”, *op. cit.*, p. 258), la posibilidad de acreditar la solvencia por medios externos no puede quedarse en un mero trámite formal para superar la fase de selección de los contratistas, por lo que se deberá controlar la ejecución del contrato, que ya no es posible que se ejecute con medios distintos de los indicados. Para ello es necesario que los pliegos precisen los documentos exigibles, las obligaciones que se asumen y sus consecuencias.

de acreditación de la solvencia no puede prohibirse la subcontratación incluso de partes específicas del contrato.

Desde esta perspectiva, se ha señalado que la Directiva tiene la ventaja de dotar de un mayor nivel de seguridad a los poderes adjudicadores que desean garantizar la ejecución por el licitador para salvaguardar los intereses públicos⁶⁵, lo que sin duda merece un juicio favorable. Sin embargo, en mi opinión, a la hora de interpretar el precepto es preciso tomar en consideración dos ideas previas. En primer lugar, los principios de igualdad y transparencia exigen que sean los pliegos los que definan de manera previa y caso a caso cuáles son las “tareas críticas” que no serán objeto ni subcontratación o ni de ejecución a través de empresas del grupo social. En segundo lugar, una lectura sistemática de la Directiva obligará a interpretar el concepto jurídico de “tarea crítica” con el suficiente rigor, para evitar que se deje sin contenido la regla general –la facultad de integración de la solvencia a través de las capacidades de otras entidades– establecida en el apartado 1 del art. 63. Desde esta óptica, a la hora de deslindar qué es una tarea crítica habrá de atenderse a criterios “cualitativos” y no a los criterios cuantitativos que, en virtud del art. 227.2 TRLCSP, se han venido aplicando en nuestro Derecho⁶⁶.

Por otro lado, desde la perspectiva de la acreditación de la efectiva disposición de los medios, se sigue insistiendo en que cuando un operador económico desee recurrir a las capacidades de otras entidades demostrará al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios, por ejemplo mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto. Pero se añade ahora en el articulado –y no en los considerandos, a diferencia de la Directiva 2004/18/CE– que cuando un operador económico recurra a las capacidades de otras entidades en lo que respecta a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera, el poder adjudicador podrá exigir que el operador económico y dichas entidades sean solidariamente responsables de la ejecución del contrato. Esta aclaración permite eliminar obstáculos prácticos a la acreditación de la solvencia a través de medios ajenos. Por tanto la polémica sobre si es posible integrar con medios externos la solvencia económica y en general cualquier medio

65. ARROWSMITH, S., *Law of Public and Utilities...*, p. 1328.

66. Estas consideraciones han de ser tenidas en cuenta para la interpretación del art. 227.2 TRLCSP. Sobre el valor interpretativo de las nuevas directivas sobre contratación pública antes del vencimiento del plazo de trasposición, *vid.* en esta misma obra, GIMENO FELIÚ, J. M., “Una visión introductoria sobre el marco regulatorio y los fundamentos de la contratación pública. Del nuevo paquete comunitario a la trasposición en España”.

de solvencia que se refiera a aspectos propios del licitador debe entenderse superada y los órganos de contratación tienen en sus manos herramientas suficientes para asegurarse de que en esos casos dispondrán de todos los medios necesarios en la ejecución del contrato⁶⁷.

Finalmente, la nueva Directiva aclara que la solvencia del tercero debe ser también analizada por el poder adjudicador y se ofrece un mecanismo para solventar las incidencias que pudieran plantearse en esta fase. Así, dispone el segundo apartado del art. 60.1 que “el poder adjudicador comprobará, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 59, 60 y 61, si las entidades a cuya capacidad tiene intención de recurrir el operador económico cumplen los criterios de selección pertinentes y si existen motivos de exclusión con arreglo al artículo 57. El poder adjudicador exigirá al operador económico que sustituya a una entidad si esta no cumple alguno de los criterios de selección pertinentes o si se le aplica algún motivo de exclusión obligatoria. El poder adjudicador podrá exigir o el Estado miembro podrá exigir a este que requiera al operador económico que sustituya a una entidad que haya incurrido en algún motivo de exclusión no obligatoria”. En este sentido, es preciso tener en cuenta que art. 59.1 de la Directiva establece que si el poder económico recurre a las capacidades de otras entidades con arreglo al art. 63, el documento europeo único de contratación contendrá asimismo la información relativa a que la entidad a la que se recurre no se encuentra en ninguna situación de exclusión, cumple los criterios de selección y, en caso de que proceda, cumple las normas y los criterios objetivos establecidos de cara a la reducción de candidatos (procedimientos de licitación con negociación, diálogo competitivo y asociaciones para la innovación).

En definitiva, la nueva Directiva ofrece una regulación más acabada –y en algunos aspectos innovadora– de la posibilidad de integrar la solvencia a través de medios externos. Paradójicamente, las limitaciones ahora establecidas pueden facilitar el uso efectivo de esta facultad por parte los licitadores, pues si se incorporan correctamente pueden ayudar a vencer las innegables resistencias opuestas por legisladores y poderes adjudicadores nacionales. En todo caso, la incorporación pacífica y acabada en nuestro Derecho de la integración de la solvencia a través de medios externos exigirá asumir de una vez por todas el concepto funcional de solvencia que vienen demandando las sucesivas generaciones de Directivas

67. SANMARTÍN MORA, M. A., “La integración de la solvencia económica y financiera de un licitador con medios externos”, *www.obcp.es*, 06/05/2013, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.100/reلمenu.3/chk.995d7916a6d-852563730ca08b4a73d74>.

sobre contratación⁶⁸. Para lo que resultará imprescindible que el legislador aprenda de la experiencia aplicativa del TRLCSP y se esfuerce en integrar el precepto sobre el recurso a capacidades de otras entidades en un conjunto armónico y coherente.

68. Sobre este, *vid.* GIMENO FELIÚ, J. M., "Una visión introductoria...", *op. cit.*



Capítulo VII

Reivindicación de la competencia del orden contencioso-administrativo para el control jurisdiccional de la contratación del sector público*

PATRICIA VALCÁRCEL FERNÁNDEZ

RAFAEL FERNÁNDEZ ACEVEDO

*Profesores Titulares de Derecho Administrativo
Universidad de Vigo*

SUMARIO: I. NOTA INTRODUCTORIA. II. APROXIMACIÓN A LA RAZÓN DE SER DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA. 1. *Perspectiva Histórica: sometimiento de la Administración a la legalidad consecuencia de la implantación del principio de separación de poderes.* 2. *Perspectiva constitucional: consagración definitiva de la jurisdicción contencioso-administrativa como consustancial al Estado de Derecho.* III. ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO. 1. *El problema de la dualidad jurisdiccional y la cláusula general del artículo 1.1 de la LJCA.* 2. *Previsiones concretas de la Ley Jurisdiccional en materia de contratación pública: análisis del artículo 2.b) de la LJCA.* IV. INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. 1. *Incidencia sobre el ámbito subjetivo y, en especial, sobre el concepto de Administración pública: artículo 3 del TRLCSP.* 2. *Análisis de las previsiones de la legislación de contratos en materia jurisdiccional: crítica desde la imprescindible profesionalización de la contratación pública.* 3. *La necesaria lectura del artículo 21 del TRLCSP mediante una reinterpretación sistemática del ordenamiento.* V. INCIDENCIA DE LAS DIRECTIVAS DE RECURSOS EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE CONTROL DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS. 1. *La matizada neutralidad del Derecho europeo en la materia.* 2. *La solución española.* VI. A MODO DE CONCLUSIÓN. VII. BIBLIOGRAFÍA.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación titulado: “Contratación pública y transparencia: alcance y límites de los principios de publicidad y libre competencia”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Gobierno de España (Ref: DER 2012-39003-C02-02) y FEDER.

I. NOTA INTRODUCTORIA

La actividad contractual del sector público debe quedar sometida a control para garantizar la adecuada observancia de la normativa contractual aplicable. Desde luego el Derecho de la Unión Europea así lo exige, al menos para aquella parte de la normativa contractual que descansa directamente en sus disposiciones y principios. Esta idea se desprende con nitidez ya de las primeras palabras de la Directiva 2014/24/UE, a cuyo tenor *“La adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. Ahora bien, para los contratos públicos por encima de determinado valor, deben elaborarse disposiciones que coordinen los procedimientos de contratación nacionales a fin de asegurar que estos principios tengan un efecto práctico y que la contratación pública se abra a la competencia”* (considerando 1)¹.

De este último inciso se desprende que la regulación comunitaria de contratación pública no es un régimen jurídico completo y no abarca absolutamente todo el marco regulatorio aplicable a un contrato celebrado por el sector público. En España, es claro que solo una parte del vigente TRLCSP –cierto que cada vez más amplia– trae causa de la incorporación a nuestro ordenamiento de las normas y principios comunitarios en este campo. Más allá de esto, en nuestro país dicho cuerpo normativo contiene otras disposiciones aplicables a los contratos considerados del sector público. El cumplimiento de estas otras disposiciones también debe quedar sometido a control.

Por lo que se refiere al control de las disposiciones en materia de contratación procedentes del Derecho europeo los sistemas que cada Estado establezca han de estar basados en el respeto a la denominadas “Directivas de Recursos”². Sin embargo, al imponer este control la Unión es “neutral” y no determina el modelo o sistema por el que pueda decantarse cada país.

En España la forma de control general que se ha organizado, está basada en un recurso administrativo especial o, en su defecto, en un recurso administrativo ordinario y, en todo caso, en un último control jurisdiccional.

1. Este considerando se ha tomado del considerando 2 de la Directiva 2004/18/CE.
2. Cfr. la Directivas 89/665/CEE y la Directiva 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, sobre mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

En este trabajo destacaremos las bondades del sistema de recurso administrativo especial –al punto de que se postula su extrapolación a otros campos del Derecho administrativo– y, en particular, prestaremos especial atención al control judicial posterior que de acuerdo con las exigencias constitucionales de nuestro país debe siempre ofrecerse (*ex* artículo 24 de la CE). En concreto, respecto de esta última cuestión, se trata de plantear una serie de argumentos que justifican que la definición del sistema de control judicial actualmente diseñado debería cambiarse intensificando en ciertos puntos la atribución del mismo al orden contencioso-administrativo.

II. APROXIMACIÓN A LA RAZÓN DE SER DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. PERSPECTIVA HISTÓRICA: SOMETIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN A LA LEGALIDAD COMO CONSECUENCIA DE LA IMPLANTACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

Como es bien conocido, en nuestro país, por influencia del *régime administratif*, existe un orden jurisdiccional que, sin menoscabo del principio de unidad jurisdiccional sancionado en el artículo 117.5 de la CE, está especializado en la resolución de conflictos que tienen que ver con la aplicación del Derecho administrativo. La existencia de un orden jurisdiccional que, en atención a la materia, está especializado en el control de la actuación de la legalidad administrativa, es fruto de un largo y azaroso camino cuyo origen se sitúa en la interpretación que los teóricos de la Revolución Francesa hicieron del principio de separación de poderes. Será también a partir de dicho momento histórico, y en buena medida por obra del contencioso, que surgirá de manera autónoma y en su versión moderna, el propio Derecho administrativo “*como un sistema de principios e instituciones jurídicas con características propias que definen el régimen particular de la organización y funcionamiento de la Administración pública*”³.

En efecto, la interpretación de este principio y su propia implantación resultó decisiva en orden a someter a la Administración pública a la legalidad⁴. Dicha implantación se produjo de manera paulatina y singular.

a) Paulatina, por cuanto el proceso de gestación del contencioso atravesó diversas etapas entre sus albores y 1956, momento a partir del cual puede hablarse ya de una jurisdicción contencioso-administrativa auténticamente

3. MUÑOZ MACHADO (2011, p. 299).

4. MUÑOZ MACHADO (2011, pp. 30 y ss.).

tal⁵. Así, se sucedieron etapas de justicia administrativa, primero retenida y más tarde delegada, para pasar a un sistema híbrido o mixto, en parte administrativo y en parte judicial, y culminar finalmente, a partir de 1956, en un sistema judicial caracterizado por su ya mencionada especialización. Se transita, pues, a lo largo del tiempo, de una autotutela administrativa a una verdadera tutela judicial, y ese tránsito, además, sirvió para ir ampliando lentamente el alcance de ese control, inicialmente bastante limitado⁶. En expresión ya clásica del Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, *“la historia de la reducción de estas inmunidades, de esta constante resistencia que la Administración ha opuesto a la exigencia de un control judicial plenario de sus actos mediante la constitución de reductos exentos y no fiscalizables de su propia actuación, podemos decir que es, en general, la historia misma del Derecho administrativo”*⁷.

b) Singular, en tanto que la separación de poderes nunca fue radical, entre otras razones, porque se atribuyó una especial posición a la Administración, que ha llegado hasta nuestros días, tanto frente al poder legislativo (permitiendo la participación de esta en el ejercicio de funciones normativas), como, especialmente por lo que en este momento importa, frente al poder judicial. En relación con este último, como destaca el Profesor MUÑOZ MACHADO, la participación de la Administración pública en las funciones judiciales determinó buena parte de las peculiaridades de su propia configuración jurídica. Tal participación se ha venido articulando de diversas maneras, de entre las que ahora destacaremos las siguientes: a) Las controversias en las que forma parte la Administración quedan excluidas del conocimiento de la jurisdicción civil (también denominada como ordinaria); b) surge el ya citado orden jurisdiccional para conocer de los contenciosos en que es parte la Administración pública; c) se implanta un sistema de recursos administrativos previos que tendrá que seguirse necesariamente por todos aquellos que quieran acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para discutir la legalidad de un acto administrativo.

2. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL: CONSAGRACIÓN DEFINITIVA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA COMO CONSUSTANCIAL AL ESTADO DE DERECHO

La Constitución Española al proclamar en su artículo 1.1 que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho cuyas bases descansan, especialmente, en el principio de legalidad y en el respeto a los

5. MARTÍN REBOLLO (1995, p. 193).

6. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ (2011b, pp. 582 y ss.).

7. GARCÍA DE ENTERRÍA (1962, p. 166).

derechos fundamentales y libertades públicas de la ciudadanía, determinó la configuración actual del Derecho Administrativo así como la jurisdicción contencioso-administrativa.

En efecto, la aplicación de las exigencias constitucionales indicadas a nuestra disciplina supuso de forma definitiva la consagración, al máximo nivel, del Derecho administrativo como punto de equilibrio entre las potestades y privilegios reconocidos a las Administraciones públicas para el cumplimiento de sus fines y las garantías que han de ofrecerse a los ciudadanos y, por tanto, el control al que se ha de someter al poder⁸. Ese equilibrio, se visualiza en el Texto constitucional sustancialmente en los artículos 103 y 106, donde junto al principio de eficacia administrativa se alude también al control al que ha de quedar sometida cualquier actuación de las Administraciones públicas. El principio de legalidad encuentra su plasmación expresa para la Administración en el mismo artículo 103.1 de la CE cuando impone su *“sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”*.

A su vez, el citado control se encomienda a los Tribunales de Justicia (artículo 106.1); en este aspecto debe subrayarse que la propia CE, recogiendo el testigo de nuestra historia jurisdiccional, a la que nos hemos referido sucintamente, concreta dicha encomienda únicamente en la jurisdicción contencioso-administrativa *ex artículo 153.c)*⁹, como jurisdicción *“natural”* para el referido control y para el ejercicio, en este ámbito, de la tutela judicial efectiva (artículo 24). Control, insistimos, en manos de un orden especializado encarnado en la jurisdicción contencioso-administrativa que constituye hoy, por imposición constitucional, un elemento capital y vertebrador de nuestra disciplina.

Así ha podido afirmarse, con razón, que *“la jurisdicción contencioso-administrativa es consustancial al Estado de Derecho y está en la base misma del Derecho administrativo porque una Administración que actúa de forma privilegiada en el tráfico jurídico y en sus relaciones con los ciudadanos necesita inexcusablemente estar controlada”*¹⁰.

Con ello se trata de garantizar un mecanismo de control; pero no solo en el sentido formal de otorgar amparo o protección a los legitimados en el ámbito judicial –pues tal podría conseguirse atribuyendo las controversias derivadas de la aplicación del Derecho administrativo a cualquier otro orden jurisdiccional–, sino un mecanismo que, además de lo anterior, ga-

8. WEIL, Prosper (1989, p. 35).

9. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, (2011b, p. 587).

10. MARTÍN REBOLLO (1995, p. 191).

rantice de la mejor manera posible la eficacia de ese control. En nuestro ordenamiento, donde por razones históricas se ha consolidado un sistema judicial en el que existe un orden como el contencioso, es este el que, por sentido común jurídico, parece el más apropiado para velar por la aplicación de las normas y principios que forman parte de este bloque del ordenamiento. Así ha quedado recogido expresamente en nuestra Constitución, como acabamos de referir [artículo 153.c)].

III. ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

1. EL PROBLEMA DE LA DUALIDAD JURISDICCIONAL Y LA CLÁUSULA GENERAL DEL ARTÍCULO 1.1 DE LA LJCA

La especialización del poder judicial en diversos órdenes jurisdiccionales, uno de ellos precisamente diseñado para controlar a la Administración, el contencioso-administrativo, así como el que esta utilice de modo instrumental el Derecho privado y, por ende, pueda verse enjuiciada, asimismo, por la jurisdicción civil (o, en su caso, la laboral¹¹), desencadena problemas de atribución competencial no siempre bien resueltos por nuestra legislación. Sin perjuicio de las cuestiones de índole estrictamente procesal que se plantean –tales como la identificación correcta de la jurisdicción competente o el que en ocasiones los dos órdenes jurisdiccionales se declaren competentes en unos casos y en otros no–, importa llamar la atención acerca de las situaciones de auténtica indefensión material producidas por la falta de garantía de una correcta y homogénea interpretación y aplicación de las reglas y principios del Derecho administrativo por la jurisdicción civil poco familiarizada con ellos. Nótese que esta problemática ha mostrado una especial incidencia en tres ámbitos: el derecho de propiedad, la responsabilidad patrimonial y la contratación pública, sector que es el que ahora nos ocupa. Sobre este particular habrá ocasión de volver más adelante; llegue ahora lo expuesto para justificar o entender las voces que desde el Derecho administrativo desde hace tiempo han venido defendiendo, cierto que con poco éxito, la unidad de fuero jurisdiccional para todo lo que concierne a la Administración pública¹².

11. A los efectos de nuestro trabajo esta jurisdicción social, habida cuenta de la exclusión realizada por el artículo 4.1.a) del TRLCSP, no es objeto de consideración.

12. Por todos, LORENZO MARTÍN-RETORTILLO (1966, pp. 143-192). En este orden de ideas, el Profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO sostuvo que “no era preciso reconocer y generalizar a la Administración autotulela decisoria de ningún tipo para llegar a la

Con todo, esa propugnada unidad jurisdiccional, si únicamente tomase en cuenta una base estrictamente subjetiva se mostraría también incapaz de resolver los problemas a los que ahora queremos aludir, habida cuenta del peligro que entraña la generalizada práctica conocida como “huida del Derecho administrativo”, que ha llevado a moldear o jugar –en ocasiones por la propia ley– con el concepto formal de Administración, para dejar fuera del mismo y, por consiguiente de su ordenamiento, a entes que, sin embargo, se dedican al ejercicio de verdaderas funciones públicas.

El problema no se localiza en la teoría subjetiva, que ha sido y puede seguir siendo perfectamente válida y muy útil para identificar a un sujeto interlocutor con los administrados. El problema radica en la instrumentalización del tipo de persona empleado para escapar a la aplicación del Derecho administrativo desatendiendo, absolutamente, el tipo de actuación material que estos entes realizan. Se consagra una ruptura negativa entre el tipo de actuación que se realiza (pública) y el tipo de ente instrumental/ en mano pública que la atiende (privado o al que se le niega la consideración de Administración pese a tener personalidad jurídico pública). En otras palabras, la problemática de la contratación privada de la Administración pública no se detiene en los contratos privados que puedan celebrar las Administraciones territoriales, sino que comprende también los que llevan a cabo las entidades de Derecho público sometidas al Derecho privado, o las sociedades mercantiles del sector público¹³.

La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio; en adelante, LJCA), que constituye el verdadero pilar del contencioso, contiene una cláusula general en su artículo 1.1, cláusula que hace pivotar la competencia de este orden jurisdiccional sobre la “*la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho administrativo*”. Dos son las consideraciones que, si bien son conocidas por demás, conviene no pasar por alto. La primera gira en torno al ya mencionado problema de qué deba entenderse por Administraciones públicas, aspecto del que propio precepto se ocupa en su apartado 2: subrayéase que tienen la consideración de Administración pública todas las entidades de Derecho público dependientes o vinculadas a cualquier Administración territorial. Esta regulación es congruente con las previsiones contenidas en el artículo 2.2 de la Ley

atribución del contencioso; bastaba, simplemente, que conociera de todo lo actuado por esos sujetos que son las Administraciones públicas, siempre y cuando tuviera por objeto “obras o servicios públicos de cualquier especie” [por otra parte, lo que ya expresaba la LJCA de 1956] con independencia de que las fórmulas utilizadas fueran jurídico-públicas o jurídico-privadas”; cfr. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (1998, pp. 77-78).

13. Vid. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (1998, p. 84).

30/1992 precepto que matiza que *“estas entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación”*. Por tanto, constituye competencia del orden contencioso-administrativo la actuación de tales entidades de Derecho público sujeta al Derecho administrativo.

De forma más específica aún, de conformidad con el artículo 53 de la LOFAGE, sobre *“funciones y régimen general aplicable a las entidades públicas empresariales”*, que son auténticas entidades de Derecho público, organismos públicos [ex artículo 43.1.b) de la LOFAGE] y, por ende, Administraciones públicas, estas entidades *“se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria”* (apartado 2). Esto es, las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho público no solo para el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas, sino también para la formación de la voluntad de sus órganos.

Queremos llamar la atención ahora sobre este último aspecto del apartado transcrito, el que impone que la formación de la voluntad de estas entidades, esto es, su toma de decisiones, se someta, en todo caso, al Derecho público. En materia de contratación, esto último equivale a las fases de preparación y adjudicación de los contratos, en las que han de incluirse cuestiones tales como la decisión de contratar, la autorización del gasto, la convocatoria de la licitación pública o la adjudicación del contrato, entre otras¹⁴. Es decir, antes de que cualquier tipo de entidad pública llegue a formalizar un contrato privado debe –al igual que en los contratos administrativos– tramitarse previamente una fase procedimental tendente a la formación de la voluntad y a la toma de decisiones por la entidad contratante. Esta fase está compuesta por una pluralidad de actos, como los referidos, de evidente carácter administrativo y, por tanto, regulados por el Derecho administrativo. Esto es así, por cuanto se trata de cuestiones inequívocamente públicas pues trascienden al propio interés de las partes y afectan al orden público. Justamente por tratarse de verdaderos actos administrativos resultan susceptibles, en aquellos supuestos en los que no quepa el recurso especial en materia de contratación, de los recursos ordinarios regulados en los artículos 107 y ss. de la Ley 30/1992. La resolución

14. GARCÍA DE ENTERRÍA y T-R FERNÁNDEZ (2011a), pp. 66-67): *“(...) la Administración es una organización pública cuyo proceso de formación de la voluntad se rige por un procedimiento (público) tasado”*.

de dichos recursos pone fin a la vía administrativa y son, por tanto, susceptibles de recurso contencioso-administrativo.

Y ello no solo respecto de las entidades públicas empresariales, sino también en relación con cualquier otra entidad de Derecho público vinculada a una o varias Administraciones públicas o dependiente de las mismas que no cumpla alguna de las características recogidas en las reglas 1ª y 2ª del artículo 3.2.e) del TRLCSP y, por ende, no goce de la consideración de Administración pública.

Queda plenamente justificado, pues, que el conocimiento de las controversias relacionadas con la citada fase preparatoria se reconduzca siempre al orden contencioso¹⁵.

En otros términos, recogiendo palabras de nuestra mejor doctrina, se da una comunidad de reglas de competencia y procedimiento para todos los contratos de la Administración, tanto administrativos como privados, y asimismo, una comunidad de jurisdicción competente en relación con tales cuestiones, que es siempre la contencioso-administrativa¹⁶.

Por otra parte, de este concepto de Administración pública se deriva que las sociedades privadas de capital mayoritariamente público (–estatales, autonómicas o locales–) o cualquier otro ente de naturaleza privada en mano pública (fundaciones, por ejemplo) quedan al margen del mismo y, por ende, en principio, al margen del Derecho administrativo y de la jurisdicción contenciosa, sin perjuicio de cuantas consideraciones críticas y soluciones se realizarán más adelante, entre ellas la relativa a la eventual aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad –conveniente en muchos casos, por los abusos que se producen–, para evitar o cuando menos limitar los abusos que se producen.

La segunda consideración anunciada, vinculada de forma parcial a la anterior, tiene relación con la limitación del conocimiento del contencioso que se desprende del artículo 1.1 de la LJCA antes citado, por cuanto este orden no conoce de toda la actuación de las Administraciones públicas, sino únicamente de aquella que se halle sujeta al Derecho administrativo. Lo que equivale a decir que cuando la Administración contrata en régimen de Derecho privado escapa a la jurisdicción contenciosa, consagrándose entonces la ya aludida dualidad jurisdiccional. En resumen, el ámbito de aplicación de la LJCA se hace depender de la concurrencia de dos elemen-

15. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ (2011a, p. 67).

16. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ (2011a, p. 732).

tos, uno subjetivo (Administración pública) y otro material u objetivo (Derecho administrativo).

2. PREVISIONES CONCRETAS DE LA LEY JURISDICCIONAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 2.B) DE LA LJCA

En materia de contratación las previsiones generales analizadas se completan en la LJCA con las recogidas en su artículo 2.b) a cuyo tenor son competencia del orden contencioso *“los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas”*.

La atribución al contencioso del conocimiento de los contratos administrativos no merece ahora mayor comentario, debiendo detener nuestra atención en el segundo inciso del precepto; en concreto, cuando atribuye a nuestra jurisdicción competencia respecto de los actos de preparación y adjudicación de los contratos que, no teniendo carácter administrativo, están, no obstante, sometidos a la legislación de contratos del sector público, aunque en diversa medida dependiendo de la naturaleza de la entidad licitante, siempre que no se trate de contratos o negocios excluidos *ex* artículo 4 del TRLCSP¹⁷.

Porque, como es sabido, los entes del sector público que carecen de la condición de poder adjudicador, hoy en día, únicamente están vinculados por los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y por la obligación de adjudicar los contratos a la oferta económicamente más ventajosa, rigiéndose en lo demás, por las instrucciones internas en materia de contratación que tales entes deben aprobar¹⁸.

Para entender la terminología empleada por la LJCA lo primero que debemos tener en cuenta es que esta se promulgó en 1998, cuando el texto sectorial de cabecera sobre contratos era la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas. Por ello, la LJCA se refiere a la contratación de las Administraciones públicas, en lugar de mencionar la contratación del sector público, denominación que sanciona hoy nuestro ordenamiento, en

17. Debe advertirse, no obstante, que la exclusión contenida en la letra p) del artículo 4 del TRLCSP, en relación con ciertos contratos sobre bienes y derechos patrimoniales, no es plena, por cuanto el artículo 110.1 de la LPAP indica que en lo no previsto en ella, la preparación y adjudicación de estos contratos se regirá por lo dispuesto en el TRLCSP.

18. *Vid.* artículo 192 TRLCSP.

consonancia con el Derecho de la Unión Europea, desde la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

Si nos adentramos propiamente en el contenido del segundo inciso del artículo 2.b) de la LJCA, observamos que alude a la denominada “teoría de los actos separables”. Como es bien conocido, nuestro Derecho recibe esta doctrina elaborada en Francia, primero a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (a partir del célebre asunto “Andalucía Palace”¹⁹) y más tarde, en sede legislativa, por la Ley de Contratos del Estado de 1965 (LCE) donde se consagró como solución para delimitar la competencia entre la jurisdicción civil y la administrativa en relación con ciertos contratos celebrados por la Administración. En concreto, el artículo 4.3ª de la LCE venía a decir que las Administraciones pueden, en ciertos casos, contratar en régimen de Derecho privado; pero que, al ser organizaciones públicas, el proceso de formación de su voluntad se rige por un procedimiento público. Hoy la teoría se recoge de forma explícita para los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes patrimoniales que celebren las Administraciones públicas por el artículo 110.3 de la LPAP a cuyo tenor *“el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan sobre estos contratos entre las partes. No obstante, se considerarán **actos jurídicos separables** los que se dicten en relación con su preparación y adjudicación y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con su normativa reguladora”*²⁰.

Nótese que el sentido originario de la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración era de carácter estrictamente procesal²¹.

Actualmente, de acuerdo con el concepto de Administración pública que la LJCA maneja, ha de concluirse que la doctrina de los actos separables es de aplicación no solo a los contratos privados celebrados por las Administraciones públicas territoriales, sino a los celebrados por cualquier tipo de organismo público; es decir, también a los contratos privados que celebren *“las entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades autónomas o las Entidades locales”* [artículo 1.2.d) de LJCA].

19. ATS de 17 de octubre de 1961 y STS de 4 de febrero de 1965 (Roj 2113/1965) que confirmó en apelación la dictada por la Audiencia Territorial de Sevilla de 16 de noviembre de 1962.

20. El precepto es de aplicación general, tal como previene la disposición final 2ª de la LPAP, y, por ende, afecta a todas las Administraciones públicas.

21. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ (2011a, p. 66).

En este sentido, conviene traer a colación la interpretación que el propio legislador ofrece del art. 2.b) referido en la Exposición de Motivos de la LJCA. Pese a su extensión, por su claridad, contundencia y por la relevancia que tiene para los razonamientos que luego haremos, reproducimos dos párrafos completos.

“En segundo término, es evidente que a la altura de nuestro tiempo histórico el ámbito material de la Jurisdicción quedaría muy incompleto si aquella se limitara a enjuiciar las pretensiones que se deduzcan en relación con las disposiciones de rango inferior a la Ley y con los actos y contratos administrativos en sentido estricto. Lo que realmente importa y lo que justifica la existencia de la propia Jurisdicción Contencioso-administrativa es asegurar, en beneficio de los interesados y del interés general, el exacto sometimiento de la Administración al Derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponde. No toda la actuación administrativa, como es notorio, se expresa a través de reglamentos, actos administrativos o contratos públicos, sino que la actividad prestacional, las actividades negociables de diverso tipo, las actuaciones materiales, las inactividades u omisiones de actuaciones debidas expresan también la voluntad de la Administración, que ha de estar sometida en todo caso al imperio de la ley. La imposibilidad legal de controlar mediante los recursos contencioso-administrativos estas otras manifestaciones de la acción administrativa, desde hace tiempo criticada, resulta ya injustificable, tanto a la luz de los principios constitucionales como en virtud de la crecida importancia cuantitativa y cualitativa de tales manifestaciones. Por eso la nueva Ley somete a control de la Jurisdicción la actividad de la Administración pública de cualquier clase que esté sujeta al Derecho administrativo, articulando para ello las acciones procesales oportunas.

En esta línea, la Ley precisa la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de las cuestiones que se susciten en relación no sólo con los contratos administrativos, sino también con los actos separables de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratos de las Administraciones públicas. Se trata, en definitiva, de adecuar la vía contencioso-administrativa a la legislación de contratos, evitando que la pura y simple aplicación del Derecho privado en actuaciones directamente conectadas a fines de utilidad pública se realice, cualquiera que sean las razones que la determinen,

en infracción de los principios generales que han de regir, por imperativo constitucional y del Derecho comunitario europeo, el comportamiento contractual de los sujetos públicos. LA GARANTÍA DE LA NECESARIA OBSERVANCIA DE TALES PRINCIPIOS, MUY DISTINTOS DE LOS QUE RIGEN LA CONTRATACIÓN PURAMENTE PRIVADA, DEBE CORRESPONDER, COMO ES NATURAL, A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA”.

IV. INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. INCIDENCIA SOBRE EL ÁMBITO SUBJETIVO Y, EN ESPECIAL, SOBRE EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: ARTÍCULO 3 DEL TRLCSP

El TRLCSP nos obliga a volver sobre el concepto de Administración pública, puesto que en él se maneja una idea distinta de la recogida en las normas generales del Derecho administrativo; no solo respecto de las citadas LJCA y Ley 30/1992, sino también en relación con otras leyes administrativas, tanto estatales (por ejemplo, la LOFAGE o la LGP), como autonómicas (así, la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de Administración General y Sector Público de Galicia, el Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón o la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña).

Así es, el artículo 3.2 del TRLCSP, cuando delimita lo que se entiende por Administraciones públicas a los efectos de esta norma, recoge un concepto más restrictivo, pues del mismo se desprende la existencia de entidades de Derecho público que, no obstante su condición de tales, no son consideradas Administraciones públicas. Tal sucede cuando dichas entidades no cumplen al menos alguna de las características recogidas en las reglas 1ª y 2ª de su letra e) y, en todo caso, cuando se trata de entidades públicas empresariales estatales y organismos asimilados dependientes de las Comunidades autónomas y Entidades locales. Pero, ¿es que acaso estas entidades públicas no tienen la consideración de Administraciones públicas a los ojos del resto de normas del Derecho administrativo? ¿Es que acaso no pueden tener atribuido el ejercicio de potestades públicas?

¿Es que acaso no se les asigna con toda normalidad la realización de actividades que, de acuerdo con la concepción básica imperante en nuestra disciplina, están directamente relacionadas con muchos de los ejemplos más significativos de lo que se entiende por “giro o tráfico público” (ej.: ejecución de obras públicas y prestación de servicios públicos)? Es cierto que el legislador tiene un margen de actuación al atender su función legislativa mucho más amplio que el que tiene la Administración pública al aplicar el ordenamiento, pues no está vinculado a la legalidad previa –sin perjuicio, obviamente, de cuanto dispone la CE–. Es por ello que le resulta mucho más fácil, por ejemplo, excepcionar a través de leyes concretas la aplicación de normas de Derecho público a ciertas entidades, considerando que a los efectos de esa Ley esas entidades no tienen la consideración de Administraciones públicas.

Si esto es así, como mínimo el legislador debería justificar con detalle, sosiego y de forma especialmente argumentada la razón de tal exclusión, habida cuenta de las importantes consecuencias que de la misma derivan. En lo que ahora importa, por ejemplo, que estas entidades no puedan celebrar contratos administrativos (posibilidad circunscrita en el TRLCSP a las entidades que tienen la consideración de Administración pública) siendo que esto determina que en la ejecución de los contratos que para la realización de obras o la prestación de servicios tengan encomendados no podrían aplicarse –salvo que de forma singular se recoja en los pliegos, lo que no parece la forma ideal de aplicación– las llamadas prerrogativas previstas para los contratos administrativos en atención al interés público directo que subyace en la ejecución de tales contratos.

Pongamos el caso de las Autoridades Portuarias. El artículo 24.1 del texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante –aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre; en adelante, TRLP– dice que son organismos públicos de los previstos en el artículo 2.1.g) de la LGP²². Este último precepto, que lleva por título “*sector público estatal*”, indica que forman parte del mismo una serie de entes y en su letra g) menciona las entidades estatales de Derecho público distintas de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales; es decir, según esto, existen además de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales otros organismos de Derecho público y las Autoridades Portuarias serían uno de ellos (las Agencias Estatales, serían otro ejemplo). El propio artículo 24.1 del TRLP dice que las Autoridades Portuarias se rigen por su legislación específica, por las disposiciones

22. Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

de la LGP que les sean de aplicación y, supletoriamente, por la LOFAGE. Por su parte, el artículo 24.2.1º establece que ajustarán sus actividades al ordenamiento jurídico privado incluso en las adquisiciones patrimoniales y contratación, *“salvo en el ejercicio de las funciones de poder público que el ordenamiento les atribuya”*. Sin embargo, en materia de contratación, el artículo 24.2.2º matiza que sea cual sea el tipo de actividad que las Autoridades desarrollen, –tanto la sometida al ordenamiento jurídico privado, como la que suponga ejercicio de funciones de poder público y, por ende, sujeta al ordenamiento jurídico-público–, han de someterse *“a los principios de publicidad, concurrencia, salvaguarda del interés del organismo y homogeneización del sistema de contratación del sector público, así como, conservando su plena autonomía de gestión, a los establecido en la Ley 30/2007 (...)”*. Por consiguiente, la calificación de las Autoridades Portuarias como entidades estatales de Derecho público distintas de los organismos autónomos y de las *entidades públicas empresariales* y la remisión expresa a lo establecido en la LCSP (hoy, TRLCSP), cualquiera que sea el tipo de actividad que realicen, conduciría a la aplicación del artículo 3.2.e) del TRLCSP y, por tanto, a su consideración como Administraciones públicas. Justamente este es el resultado que quiere evitar la disposición adicional 22ª del TRLCSP cuando de forma incongruente con las previsiones anteriores de la legislación portuaria, indica que el régimen de contratación de las Autoridades Portuarias *“será el establecido en esta Ley para las entidades públicas empresariales”*. Y, como hemos dicho, respecto de estas últimas, el mismo artículo 3.2.e) del TRLCSP indica que *“no obstante, no tendrán la consideración de Administraciones públicas las entidades públicas empresariales (...)”*. En definitiva, estos organismos públicos a los que su propia Ley, bien que por remisión a la LGP, califica de entidades *distintas* de las entidades públicas empresariales, terminan siendo tales a los ojos del TRLCSP, con el claro e indisimulado objetivo de no aplicarles en su totalidad la legislación de contratos de las Administraciones públicas. Lo cual resulta especialmente sangrante respecto de muchas de las competencias que el artículo 25 del TRLP atribuye a las Autoridades Portuarias; piénsese, por ejemplo, en la competencia relativa a *“la planificación, proyecto, construcción, conservación y explotación de las obras y servicios del puerto”*, auténticas obras y servicios públicos cuya contratación no se canalizará a través de contratos administrativos, sino de contratos privados que, como habremos de analizar más adelante, el artículo 21 del TRLCSP, residencia plenamente en la jurisdicción civil, salvo que se trate de *“contratos SARA”*, en cuyo caso se salva su preparación y adjudicación que sí habría de residenciarse en la jurisdicción contenciosa. ¿Qué sentido tiene reconocer la categoría de los contratos administrativos, si luego,

ejemplos claros de contratación de prestaciones que directamente están relacionadas con la satisfacción de intereses generales y, por ende, deberían considerarse contratos administrativos, mediante el habitual expediente de la utilización instrumental de la personificación con fines espurios con la pretensión de huir de la aplicación del Derecho administrativo, la priva de virtualidad?

La primera consecuencia que de todo ello se deriva es que los contratos celebrados por estos organismos públicos, cualquiera que sea su objeto, son considerados por esta Ley contratos privados (artículo 20.1 del TRLCSP: *“Tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones públicas”*). Dicha consideración conduce a aplicar a los mismos el Derecho privado. Sin embargo, el artículo 20.2 del TRLCSP limita la aplicación de dicho Derecho a los aspectos relativos a los efectos y extinción de estos contratos, de tal modo que en lo que se refiere a su preparación y adjudicación (recuérdese, formación de la voluntad y toma de decisiones) se rigen *“en defecto de normas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho administrativo (...)”*.

Así pues, en línea con lo explicado, la fase previa de toma de decisiones se somete a un régimen jurídico plenamente público, de Derecho administrativo.

Con todo, la aplicación del TRLCSP en la fase de preparación y adjudicación de estos contratos privados no se produce siempre del mismo modo, como se desprende de los artículos 189 a 191 de la propia Ley. Estos preceptos son de aplicación, en lo que aquí importa, a las entidades públicas a las que venimos refiriéndonos cuando tienen la consideración de poderes adjudicadores por cumplir los requisitos del artículo 3.3.b), lo que, por hipótesis, sucederá en buena parte de los supuestos.

Pues bien, aquellos preceptos hacen descansar sobre el concepto de “contrato sujeto a regulación armonizada” (SARA) una distinta aplicación del TRLCSP. Así, cuando se trata de la adjudicación de un “contrato SARA” se aplican las propias reglas contenidas en el TRLCSP aplicables a las Administraciones públicas sin más diferencia que ciertas adaptaciones recogidas en las letras a) y b) del artículo 191. En cambio, cuando se trata de la adjudicación de un “contrato no SARA” del TRLCSP únicamente se aplican los principios básicos de la contratación pública: publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad de trato y no discriminación, ri-

giéndose, en cuanto a las normas, por las reglas contenidas en las Instrucciones que cada entidad debe aprobar.

Como puede verse, el elemento subjetivo tiene una notable incidencia respecto del régimen jurídico aplicable. Pero lo que resulta más reseñable, aún, es que por la simple razón de la cuantía (que es, fundamentalmente, lo que determina su consideración como “contrato SARA” o “no SARA”), un mismo contrato celebrado por el mismo ente quede sometido a un régimen jurídico diferente²³.

Además, resulta también criticable el hecho de que contratos celebrados por auténticos entes públicos, creados, como no puede ser de otro modo, para satisfacer necesidades públicas, fines públicos de interés general (artículo 103.1 de la CE), y cuyo objeto en muchas ocasiones estará “dirigido a satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública” de su específica competencia, se remitan *in totum* al Derecho privado. Con ello parece desconocerse que en nuestro sistema jurídico, para los contratos que persiguen este tipo de finalidades existe un régimen jurídico de Derecho administrativo específicamente diseñado para la salvaguarda de los intereses públicos también en la fase de cumplimiento, efectos y extinción. El ejemplo de los modificados deja perfectamente a las claras que es posible aplicar también en la fase de cumplimiento, efectos y extinción reglas jurídico-públicas (artículo 20.2.2º del TRLCSP).

A la vista de los ejemplos que hemos propuesto, y sin perjuicio de lo que más adelante comentaremos, cabe advertir ya que la numantina resistencia del legislador español a aplicar los controles públicos, es decir, las normas públicas, únicamente cede por exigencias del Derecho de la Unión Europea. La aplicación de dichas normas públicas únicamente en los casos en los que lo imponen las Instituciones europeas provoca incoherencias sistemáticas respecto de los demás supuestos a los que se aplica un régimen jurídico distinto sin justificación alguna.

Para completar la definición de los aspectos subjetivos debemos hacer referencia a las entidades privadas en mano pública (sociedades de capital, fundaciones), que, al menos desde un punto de vista formal, no son Administración pública, ni para la legislación de contratos ni para el resto de las normas de Derecho administrativo. Pero el Derecho de la Unión, para determinar desde el punto de vista subjetivo la aplicación de las Directivas de contratos, atiende únicamente a aspectos funcionales (funciones desarrolla-

23. Piénsese en que la diferencia entre un contrato y otro puede ser unos poquitos céntimos de euro, los suficientes para que el contrato sea o no “SARA”.

das por las entidades contratantes); esto es, si la entidad actúa o no en el mercado con carácter industrial o mercantil, y si efectivamente está financiada, controlada o dominada por un poder adjudicador [artículo 2.1.4) de la Directiva 2014/24²⁴]. Ello ha producido rupturas muy significativas en la concepción subjetiva del Derecho administrativo imperante en el ordenamiento español; desde luego, en materia de contratación pública, cuyo régimen obliga, aunque en distinta medida, ya no solo a las Administraciones públicas estrictamente tales, sino también, a empresas, a sujetos jurídico-privados.

Para comprender en todo su alcance el aspecto al que queremos referirnos, en realidad tenemos que diferenciar dos supuestos distintos, a saber:

De un lado, el caso de los sujetos de naturaleza jurídico-privada, pero de titularidad pública o en mano pública. Piénsese en el supuesto antes citado de las sociedades mercantiles cuyo capital social sea en su totalidad o en más del 50% de titularidad pública (a las que se refiere el artículo 166 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas –LPAP–), o en el de las fundaciones constituidas con aportación mayoritaria pública. Acerca de este primer grupo de entidades, hay que aclarar que la perspectiva que ahora nos importa no es la de la vinculación que tienen con la Administración pública u organismo del que dependen, para el que, en su caso, podrían actuar como medios propios, sino la de las relaciones contractuales que puedan desarrollar con terceros. Desde esta última perspectiva, lo primero que importa destacar es que el artículo 3.1 del TRLCSP considera abiertamente que tales entidades forman parte del “sector público”. A partir de ahí, habrá que ver si respecto de cada una de ellas se cumplen o no las condiciones del artículo 3.3.b) para saber si tienen o no la condición de “poder adjudicador”.

Si carecen de esta condición, el artículo 192.1 del TRLCSP les somete, para adjudicar los contratos que celebren, a los mismos principios de la contratación pública que rigen para el resto de los entes sometidos a la Ley, ya se trate de Administraciones públicas o meros poderes adjudicadores; esto es, se produce con ello una plena igualdad en la necesidad de observar unos mismos principios en la formación de la voluntad contractual de todos los entes del sector público. Pero, como se verá, de acuerdo con el artículo 21 del TRLCSP, las controversias suscitadas en relación con esta fase precontractual quedan paradójicamente en manos de la jurisdicción civil.

Si, por el contrario, poseen la consideración de poder adjudicador, hay que atender a si el contrato cumple los requisitos para ser considerado

24. Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2014/18/CE (DOUE de 28 de marzo de 2014, L94).

SARA o no. Si no los cumple, la solución es básicamente la misma que la descrita para el supuesto anterior, pero si los cumple, las reglas aplicables para la adjudicación de los contratos –y no únicamente los principios– son básicamente las mismas que rigen para las Administraciones públicas, sin más diferencias que las derivadas de las adaptaciones recogidas en las letras a) y b) del artículo 191.1 del TRLCSP. De nuevo sorprendentemente, como luego veremos, el artículo 21 del TRLCSP, atribuye el conocimiento de las controversias suscitadas en relación con esta fase precontractual a la jurisdicción civil si el contrato no es SARA y a contenciosa si lo es.

De otro lado, hay que referir el supuesto de los sujetos de naturaleza privada y titularidad asimismo privada, que no obstante ello, se ven sometidos a un régimen jurídico-público. Así sucede en relación con los contratos celebrados en el marco de los llamados sectores especiales, y con los contratos subvencionados del artículo 17 del TRLCSP.

En relación con el primer caso, 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, somete a un régimen jurídico-público la adjudicación de los contratos de obras, suministro y servicios cuyo valor estimado alcance o supere las cuantías previstas en su artículo 16, realizada, entre otros, por entidades de naturaleza plenamente privada que operen en tales sectores y posean derechos especiales o exclusivos concedidos por una Administración pública en virtud de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa (artículos 1, 3 y 4 de la Ley 31/2007). Régimen jurídico-público que conduce a la atribución de competencia al contencioso-administrativo (*ex* artículo 108 de la Ley 31/2007), como se verá en el siguiente apartado.

Otro tanto acontece con las entidades también privadas que para celebrar contratos de obras y de servicios reciban subvenciones públicas en los términos previstos en el artículo 17 del TRLCSP (*ex* artículo 21.1 del TRLCSP). Apréciase que en relación con este último supuesto se está aplicando a entidades totalmente privadas el mismo régimen jurídico que antes vimos vincula a los poderes adjudicadores no Administración pública cuando celebran contratos SARA.

2. ANÁLISIS DE LAS PREVISIONES DE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS EN MATERIA JURISDICCIONAL: CRÍTICA DESDE LA IMPRESCINDIBLE PROFESIONALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El reparto jurisdiccional que en materia de contratación pública, como hemos visto, recoge nuestro Derecho desde la citada sentencia del Hotel

“Andalucía Palace” [artículo 2.b) de la LJCA, analizado], se ha visto fuertemente influido por las previsiones que el legislador de contratos introdujo a partir de la Ley 30/2007, hoy contenidas en el artículo 21.1 del TRLCSP. Este último precepto, en línea con lo previsto en la LJCA, determina la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para resolver los litigios que versen sobre los contratos administrativos –en toda su extensión–, así como en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones públicas (léase, de las entidades públicas que el TRLCSP considera Administraciones públicas). A esta limitada atribución, que tiene como punto de referencia principal la naturaleza del sujeto contratante, el TRLCSP añade otros supuestos en los que dicho ente contratante pueda no contar con la consideración de Administración pública, pero sí formar parte del concepto importado del Derecho europeo de “poder adjudicador”. En particular, las cuestiones relacionadas con la preparación y adjudicación de los “contratos SARA”, incluidos los subvencionados, así como ciertos contratos de servicios “no SARA”²⁵. Por último, también se atribuyen a nuestra jurisdicción los recursos interpuestos contra los acuerdos o resoluciones adoptados por los Tribunales u órganos administrativos de recursos contractuales. A partir de ahí, el artículo 21.2 del TRLCSP atribuye a la jurisdicción civil el conocimiento del resto de las cuestiones relativas a la contratación del sector público.

Apréciase que cuando se trata de contratos celebrados por poderes adjudicadores que carecen de la consideración de Administración pública, el reparto jurisdiccional, respecto de las fases de preparación y adjudicación, se fundamenta solo en un criterio meramente cuantitativo, justamente el utilizado por el Derecho de la Unión para determinar los umbrales de aplicación de las Directivas de contratos.

Desde luego, no parece muy apropiado, a nuestro juicio, que se siga un criterio como este, tan alejado del que vimos que maneja la LJCA. Un criterio de reparto que atribuye un mismo tipo de cuestiones –la preparación y adjudicación de los contratos– regidas por unos mismos principios e, incluso, por las mismas reglas en muchos casos a órdenes jurisdiccionales diferentes. El hecho de que entre los entes que el TRLCSP considera integrantes del sector público figuren algunos de naturaleza privada [las sociedades mercantiles con participación pública mayoritaria, las fundaciones y las propias Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, que son asociaciones de empresarios: artículo 3.1, d), f) y g)] no

25. En concreto, los contratos de servicios que pretendan celebrar los poderes adjudicadores, cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 €, y se incluyan en las categorías 17 a 27 del Anexo II del TRLCSP.

justifica la atribución al juez civil del conocimiento de dichas cuestiones en los supuestos contemplados en el artículo 21.2, porque privadas pueden ser también, como vimos, las empresas que suscriben los contratos subvencionados del artículo 17 y, sin embargo, las cuestiones relativas a la preparación y adjudicación de los mismos, se atribuye por el artículo 21.1 a la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta es también la competente, según la Ley 31/2007, de 30 de octubre, para conocer de las reclamaciones que se formulen por terceros con motivo de la adjudicación de los contratos de obras, suministro y servicios en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, aun en el caso de que tales contratos se concluyan entre empresas privadas una de las cuales goza simplemente de derechos especiales o exclusivos (por ser concesionaria de un servicio público, por ejemplo). No considerándose decisiva a estos efectos por el legislador la naturaleza jurídico-privada de las partes contratantes, lo lógico hubiera sido atribuir con carácter general al juez administrativo el conocimiento de las cuestiones relativas a la preparación y adjudicación de todo tipo de contratos en razón del carácter público de los principios que presiden la regulación de las mismas²⁶.

Parece más adecuado, en efecto, decantarse por criterios sustantivos, tales como el apuntado carácter administrativo de la normativa que se aplica; o bien el origen público de los fondos con los que se financia el contrato; o la actividad de la entidad contratante, esto es, si se trata de un sujeto privado que realiza actividades de naturaleza mercantil o civil, o si, por el contrario, se trata de una entidad específicamente creada para satisfacer necesidades de interés general (y, por ende, administrativo) que no tengan tal naturaleza²⁷. En otras palabras, resultaría a todas luces más coherente, como propone un importante sector de la doctrina²⁸, establecer una efectiva correspondencia entre la naturaleza de las normas y principios aplicables y el orden jurisdiccional competente para resolver las cuestiones que tienen que ver con su interpretación y aplicación.

Si la distinción en el plano judicial de varios órdenes distintos descansa, principalmente, en la necesaria especialización de cada uno de ellos en relación con un concreto sector material del ordenamiento jurídico, no tiene sentido prescindir de dicha especialización sin razón aparente que lo justifique²⁹.

26. *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, (2011a, p. 735).

27. *Vid.* MORENO MOLINA y PLEITE GUADAMILLAS (2012, pp. 433-434).

28. MORENO MOLINA y PLEITE GUADAMILLAS (2012, p. 434).

29. *Vid.* MUÑOZ MACHADO (2011, p. 313).

Esto se hace aun más patente en el caso del contencioso-administrativo por cuanto una parte de los magistrados que lo conforman cuenta con una especialización particular en Derecho administrativo. Esta especialización resulta particularmente necesaria cuando de la contratación pública se trata, ámbito que se ha convertido en una sub-rama del ordenamiento administrativo cada vez más técnica, compleja y sofisticada. La necesidad e importancia de la especialización en esta materia se ha hecho evidente con la experiencia de los Tribunales de recursos contractuales, buena parte de cuyo éxito radica precisamente en su composición por consumados especialistas en contratación pública.

En esta misma línea, desde hace tiempo se reitera cada vez con mayor insistencia la necesidad de avanzar en una auténtica profesionalización de la contratación pública, en razón de su mencionada complejidad, por lo que, especialmente su aplicación, pero también el control de su cumplimiento, demanda necesariamente de personas que la dominen. En otras palabras, aunque cuando se habla de profesionalizar la actividad contractual del sector público se suele poner el acento en la aplicación que de la normativa de este ámbito ha de hacer el personal al servicio de las Administraciones, en realidad, la profesionalización debe predicarse de cualquier operador que actúe en este campo, señaladamente, por lo que a este trabajo importa, de todos cuantos participan en el control *ex post* de las decisiones adoptadas en aplicación de la normativa de contratos públicos. En definitiva, también los jueces y magistrados encargados de juzgar este tipo de asuntos deben contar con el grado de conocimiento imprescindible para evaluar el cumplimiento de dicha normativa pública y de los principios que la inspiran. Este requisito no será fácil que se cumpla en un orden jurisdiccional cuya especialización abarca otro tipo de materias. Una buena gobernanza en materia contractual, entendida como garantía del “derecho a una buena administración”, demanda la profesionalización con el alcance amplio al que nos estamos refiriendo, abarcando no solo los aspectos relativos a la gestión, sino también los relacionados con su control, incluido el jurisdiccional.

Otro tipo de críticas que cabe efectuar al diseño jurisdiccional del artículo 21 del TRLCSP está relacionado con que la atribución competencial a un orden jurisdiccional se realice atendiendo principalmente a consideraciones de carácter subjetivo; esto es, a si el sujeto contratante es una persona jurídico-pública o jurídico-privada, prescindiendo de consideraciones sustantivas, a nuestro juicio de mayor relieve. A este respecto, el legislador no debería propiciar, ni permitir que mediante la denominada “huida del Derecho administrativo” se burlen los pilares en los que descansan

nuestros sistemas de contratación pública y de su control jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional. Con carácter general, debería garantizarse una correspondencia entre el tipo de actuación realizada, su régimen jurídico y el ente que la atiende, y, por ende, la jurisdicción a la que se atribuye la misión de que dicho régimen se observe.

Las funciones públicas, o que demandan una regulación de Derecho público, debieran ser responsabilidad de personificaciones de Derecho público; no es de recibo que la propia Administración cree personificaciones privadas para atender fines públicos, o niegue el carácter de Administración pública, en un ámbito concreto como el contractual, a entes que sí lo tienen (caso de las entidades públicas empresariales al que nos hemos referido). No debería despreciarse algo a todas luces determinante, como es la función administrativa desarrollada, actuación con la que se tiende a satisfacer una función pública o un fin de interés general. La primacía de la consideración subjetiva del ente lleva a dejar huérfanas de protección actuaciones directamente encaminadas a dar cumplimiento a finalidades públicas, y esto tampoco es defendible, pues se trata de actuaciones que tienen una indudable naturaleza pública, por lo que en nuestro sistema jurídico reclaman de forma evidente su sometimiento al Derecho administrativo y al orden contencioso.

Para dejar más claro lo que aquí se mantiene, puede ser útil aplicar de forma analógica los razonamientos construidos por el TJUE para identificar qué entes han de considerarse “Organismos de Derecho Público” a los efectos de las Directivas de contratos. De igual forma que el legislador estatal ha tenido que aceptar y respetar, finalmente, las orientaciones funcionales –no orgánico-subjetivas– que impone el Derecho europeo a la hora de determinar qué se entiende por “poder adjudicador”, el mismo criterio debería servirle, como hemos dicho, para no llevar a cabo “juegos de personificación” con la intención poco disimulada de escapar del Derecho administrativo y sus sistemas de control. Es cierto que solo a golpe de condena el legislador español se ha avenido a acatar el Derecho europeo; pero un “buen legislador” debería ser más exigente consigo mismo y no evadir la observancia de las reglas que definen el sistema general a través de intrincadas normas de excepción que acaban convirtiendo en pauta común lo que no debería serlo. La razón de ser de los parámetros funcionales, que defiende el Derecho de la Unión, debería servir también para inspirar el respeto por los elementos definitorios y las cuestiones jurídicas básicas que son estrictamente de Derecho interno³⁰; en el caso propuesto, el Derecho sustantivo aplicable (el de

30. Como afirma BAÑO LEÓN, *“la lógica de nuestra legislación es estrictamente formal u orgánica. Los entes públicos se someten a las reglas de procedimiento públicas; los entes privados, no obstante su titularidad pública, se atienen a normas privadas. Una línea*

los contratos públicos) y el orden jurisdiccional competente para resolver eventuales litigios (el contencioso-administrativo)³¹.

Hoy, por fin, como hemos visto, nuestro Derecho, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la entidad, impone al menos la sujeción a los principios básicos de la contratación pública, siempre que la misma cumpla un fin de utilidad pública o utilice fondos públicos, incluso cuando se trate de sujetos estrictamente privados. Si bien se observa, en muchos supuestos se trata de entidades que si no son públicas, desde una perspectiva de Derecho interno, deberían serlo; y que si no se someten al Derecho administrativo, deberían someterse. Asegurar que esto sea así, es justamente el objetivo último de la jurisdicción contencioso-administrativa de conformidad con su legislación reguladora.

vertebral, la orgánica, que pugna frontalmente con el Derecho Comunitario que atiende exclusivamente a las funciones (si actúa o no en el mercado ofreciendo bienes y servicios y si está dominado efectivamente por un ente público). Y lo que ahora a nosotros nos importa más, el criterio orgánico es incompatible con la Directiva de Recursos y contrario al derecho a la tutela judicial efectiva en el orden puramente interno”; cfr. BAÑO LEÓN (2004, p. 360).

31. Incluso, en algunos casos, habría que ir más allá. Así, por ejemplo, en el supuesto de las entidades públicas empresariales no debiera recurrirse al elemento de la personificación evitar que celebren contratos administrativos. ¿Acaso su personalidad jurídico-pública no demanda su consideración como Administración pública también en materia de contratación? Además, en tanto que atienden fines públicos, ¿cuándo celebran contratos para ello no sería lo propio, de acuerdo con nuestro sistema, que celebrasen contratos de los considerados administrativos? A este respecto, continúa plenamente vigente la reflexión hecha en 1997 por el Profesor GIMENO FELIÚ, cuando denunciaba la *“práctica que permite la adjudicación de contratos de gran trascendencia económica sin un auténtico procedimiento garantizador de los intereses generales y sin un control externo. Todo ello porque se trata de entidades que no son formalmente Administración pública y que son creadas al margen del Derecho administrativo a fin de poder actuar con flexibilidad, lo que las convierte en centros de poder exentos del sistema general de legalidad y de las garantías que el Derecho público impone”*; vid. GIMENO FELIÚ (1997, p. 157, nota 69). La crítica sigue siendo plenamente actual en relación con una de estas entidades a las que nos referimos, como es el ADIF, por cuanto el artículo 22.3.c) de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, dispone hoy que dicho ente *“ajustará su actividad a las normas establecidas para las Administraciones públicas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en la preparación, adjudicación, cumplimiento, efectos y extinción de los contratos de obras de construcción o modificación de las infraestructuras ferroviarias, a excepción de las obras de electrificación y señalización, el mantenimiento de la infraestructura ferroviaria y la gestión de los sistemas de control, circulación y seguridad del tráfico”*. Como puede verse, contratos tan importantes, en los que están en juego intereses públicos tan relevantes como los relativos a la seguridad del tráfico ferroviario, se celebran al margen de los contratos administrativos.

En definitiva, el TRLCSP debería establecer una correspondencia entre la extensión de la jurisdicción contenciosa y la aplicación de las normas de Derecho público contractual, por un lado, y entre la jurisdicción civil y la aplicación de normas de Derecho privado, por otro; de modo que cada una de tales jurisdicciones extienda su conocimiento, desde un prisma material, a todas las cuestiones reguladas por normas de Derecho público o de Derecho privado, según corresponda. Dicha correspondencia, sí ha sido tenida en cuenta por la ya citada Ley 31/2007 pues extiende explícitamente el ámbito de la jurisdicción contenciosa al conocimiento de las decisiones precontractuales relacionadas con ciertos contratos de obras, suministro y servicios tomadas por entidades de naturaleza plenamente privada que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y poseen derechos especiales o exclusivos concedidos por una Administración (artículo 108). Explica BAÑO LEÓN que *“esta expansión de la jurisdicción contencioso-administrativa debe haberse hecho en la convicción de que la jurisdicción civil no era la más apropiada para entender de unas normas públicas precontractuales. Y eso que la mayoría de los concesionarios de servicios públicos adjudicadores de contratos no son entidades públicas”*³².

Sin embargo, la atribución jurisdiccional prevista en el artículo 21 del TRLCSP al no seguir la mencionada correspondencia, puede desencadenar, en la práctica, graves problemas.

Por una parte, dificultades de interpretación y delimitación competencial derivados de la repetida *“huida del Derecho administrativo”*³³. Piénsese en el ejemplo de las sociedades *“cuyo objeto social sea la construcción y/o explotación de las carreteras estatales”* a las que se refiere el artículo 158 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. De conformidad con el apartado 3 del precepto, a los contratos de obras para la construcción de carreteras que realicen estas sociedades estatales se les aplican las normas establecidas en la legislación de contratos en lo concerniente *“a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación”* [apartado a)]; por lo que se refiere al orden jurisdiccional competente se someten al contencioso *“las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y la adjudicación”* [apartado c)]. Sin perjuicio de que, habida cuenta de su objeto, los contratos citados deberían tener la consideración de contratos administrativos –cabe preguntarse retóricamente cuál sea la diferencia ontológica existente en el contrato por el hecho de que lo licite directamente el Ministerio de Fomento o lo haga

32. BAÑO LEÓN (2004, p. 360).

33. MORENO MOLINA y PLEITE GUADAMILLAS (2012, p. 434).

una sociedad que le pertenece– y, por ende, su sometimiento al contencioso no limitarse a la fase precontractual, el precepto considerado resulta más coherente con el sistema procesal de nuestro contencioso que el derivado del artículo 21.2 del TRLCSP. Conforme a este último, como ya nos consta, únicamente si el contrato de obras que venimos considerando fuese SARA la competencia precontractual correspondería al contencioso, quedando en manos de la jurisdicción civil en otro caso. Esta distinta y contradictoria solución en dos preceptos formalmente vigentes (el 21.2 del TRLCSP y el 158 de la Ley 13/1996) plantea, para el supuesto de estas sociedades, el problema, que se traslada a los operadores jurídicos, de discernir a cuál de ellos ha de atenderse para determinar, llegado el caso, ante qué jurisdicción ejercer la acción correspondiente. Sin perjuicio de cuanto se dirá en el epígrafe siguiente, cabe hacer notar ya que mientras que TRLCSP es *lex posterior*, y esto podría interpretarse como que ha derogado tácitamente el artículo 158 de la Ley 13/1996, este último, –específicamente diseñado para un objeto contractual concreto y unas entidades también concretas–, puede tener la consideración de *lex specialis* y, por tanto, entenderse vigente.

Por otra parte, problemas derivados de atribuir a la jurisdicción civil el conocimiento y la aplicación de normas y principios jurídico-públicos, tanto procedimentales como sustantivos.

Desde un punto de vista procedimental cabe observar que el Derecho privado carece de previsiones claras para el ejercicio de acciones en fase precontractual por sujetos distintos de los obligados principal o subsidiariamente en virtud de los contratos (artículo 1302 del CC)³⁴. Esto supone también que en el ámbito civil la legitimación activa podría ser más restrictiva que en el administrativo, de lo que resultaría una injustificada restricción de la misma en la jurisdicción civil.

Las consecuencias no pueden ser más desalentadoras: ante un supuesto en el que existiese identidad de sujeto contratante y de objeto contractual, por una simple diferencia –incluso de unos céntimos de euro– en la cuantía del contrato, no solo resultaría competente una jurisdicción u otra, sino que la amplitud de la legitimación activa podría ser bien distinta (recuérdese el amplio concepto de interés legítimo del Derecho administrativo³⁵, reforzado si cabe por los Tribunales administrativos de recursos

34. BAÑO LEÓN (2004, p. 363).

35. STC 67/2010, de 18 de octubre, FJ nº 3: “La decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material

contractuales). Este resultado no parece muy respetuoso con el derecho a la tutela judicial efectiva, pues podría darse la perversa circunstancia de que a un mismo interesado se le reconociese legitimación o no en virtud únicamente de la cuantía del contrato.

Desde un punto de vista sustantivo, hay que hacer notar que los principios del Derecho administrativo, jurídico-públicos, son bien diversos respecto de los del Derecho privado. Como ha afirmado BAÑO LEÓN *“no parece sencillo que un juez civil aplique unos principios que están previstos para los entes públicos si la propia Sala 3ª del Tribunal Supremo considera que esos contratos ni son administrativos ni se otorgan por una Administración pública. El juez civil sin más referencia normativa que los aludidos principios difícilmente adoptará una decida cautelar o suspenderá la adjudicación de un contrato, y mucho menos la ejecución de uno ya formalizado”*³⁶.

3. LA NECESARIA LECTURA DEL ARTÍCULO 21 DEL TRLCSP MEDIANTE UNA REINTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DEL ORDENAMIENTO

Llegados a este punto, a nuestro entender, resulta imprescindible hacer una relectura del artículo 21 del TRLCSP a la luz del completo sistema jurídico español de Derecho administrativo, tanto sustantivo como procesal.

Desde un punto de vista sustantivo, lo primero que ha de advertirse es que si en el sistema español se ha consagrado sólidamente la figura de los contratos administrativos para convenir con terceros la realización de ciertas prestaciones de marcado fin público –típicamente la ejecución de obras públicas y la prestación de servicios públicos, actividades materialmente administrativas–, cuando estemos ante una obra o servicio público que va a ser contratado con terceros, no cabe desatender dicho cuerpo normativo. Es decir, no puede sino perfeccionarse un contrato administrativo,

unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar esta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 173/2004, de 18 de octubre, FJ 3; y 73/2006, de 13 de marzo, FJ 4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo, FJ 4)”.

36. BAÑO LEÓN (2004, p. 363).

con todas las consecuencias que de ello se derivan. No debería haber opción alternativa que permitiera entender que se puede hacer una aplicación de este cuerpo legal “a la carta”, algo que, desde luego, descartamos, si no se quiere cuestionar la autenticidad del Derecho administrativo como ciencia seria y rigurosa.

Desde el punto de vista administrativo, resulta, como poco, un contrasentido jurídico contratar la ejecución de una obra o servicio público perfeccionando un negocio jurídico privado, como viene ocurriendo, por ejemplo, mediante la creación de sociedades mercantiles o incluso de entidades públicas que se someten al Derecho privado.

No se nos malinterprete. No se trata de defender a ultranza o de forma obstinada una opción, la existente conforme a una concepción actual del Derecho administrativo: su aplicación cuando se trata de atender funciones administrativas. Pudiera ser que tras una reflexión madurada, más profunda, del sistema actual se llegase a la conclusión de que conviene cambiar la esencia de nuestro ordenamiento jurídico-administrativo y eliminar la propia categoría del contrato administrativo, pero ese es otro debate. Se trata, más bien, de apuntar que, de conformidad con el sistema vigente, la expuesta es la solución cabal, la única coherente con las “leyes de la ciencia jurídica en la mano”. Si se dice que la jurídica es una ciencia es porque, entre otras cosas, tiene una metodología, un rigor, una seriedad; si la menospreciamos permitiendo envites como los que en el ámbito de la “huida del Derecho administrativo” se han propiciado, la rompemos, la cuestionamos, la convertimos en un sucedáneo de ciencia³⁷.

A este respecto, la solución podría venir de la mano, y así ha sucedido en alguna ocasión, de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica de las entidades privadas en manos de Administraciones públicas³⁸. El trasfondo de esta doctrina, gestada originariamente en el marco del Derecho mercantil estadounidense, busca corregir los abusos que se producen cuando se utiliza la personalidad jurídica de una entidad como cobertura para intentar eludir el cumplimiento de ciertas normas. Con ello se pretende evitar un resultado injusto o perjudicial para terceros y contrario al ordenamiento. En esta línea, nuestro Tribunal Supremo ha explicado que la doctrina del “levantamiento del velo de la personalidad jurídica” tiene como función “evitar el abuso de una pura

37. VALCÁRCCEL FERNÁNDEZ (2006, pp. 3-4).

38. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, (2011a, p. 52).

*fórmula jurídica y desvelar las verdaderas situaciones en orden a la personalidad, para evitar ficciones fraudulentas*³⁹.

La relación de dependencia permanente entre estos entes instrumentales, que aun bajo una personificación jurídico-privada atienden funciones propias de la Administración matriz de la que dependen, conduce a entender oportuno trascender de la pura formalidad para identificar al verdadero poder público actuante que está detrás y la auténtica función pública atendida. La relación de instrumentalidad que une a estos entes permite hablar de la existencia de una unidad organizativa entre ellas. De ahí que, en esencia, la actuación de la entidad instrumental pueda imputarse a la matriz, lo que podría evitar perjuicio a terceros o la burla de principios o normas del Derecho público. En este sentido, la doctrina del “levantamiento del velo” se erige en herramienta que permite descubrir la auténtica naturaleza de las funciones atendidas, así como la relación subyacente entre el ente instrumental y su matriz. La principal consecuencia que se deriva de lo anterior sería la sumisión de la actuación de la entidad dependiente al ordenamiento propio de la Administración matriz.

Esta interpretación material del concepto de poder público descubre la verdadera condición de tales entes de naturaleza formalmente privada (caso de sociedades mercantiles o fundaciones en mano pública), ya sea por su origen, por el hecho de que su actuación esté dominada totalmente por la Administración pública matriz, por su financiación o por los controles a los que se encuentra sometida⁴⁰.

Así ha tenido ocasión de confirmarlo en ocasiones el Tribunal Supremo en algunas resoluciones en las que aplica esta doctrina admitiendo a su conocimiento recursos interpuestos frente a licitaciones realizadas por entidades privadas (normalmente sociedades privadas), así como por entidades públicas sometidas al Derecho privado. Como ejemplo del primer supuesto puede traerse a colación la STS 3846/1991, de 3 de julio, Sala de lo Contencioso, sobre convocatoria realizada por Mercados Centrales de Abastecimiento de Madrid, S.A. (Mercamadrid) de un concurso restringido para operaciones de carga de frutas y hortalizas en el Mercado Central de Frutas. Esta sentencia resulta especialmente interesante toda vez que muestra un posible camino para reconducir, todavía en el marco jurídico

39. STS 6117/1997, de 15 de octubre, Sala 1ª.

40. LICO (2013). Asimismo, ORTIZ VAAMONDE (2004a, *in totum*) que realiza un elogiable esfuerzo por trasladar al Derecho administrativo la doctrina del levantamiento del velo, estudiando la forma reconducir al Derecho administrativo la actividad de entidades que son Administración pública en sentido material.

actual, a la jurisdicción contenciosa el conocimiento de controversias sobre contratos celebrados por este tipo de entes. En el caso citado, los recurrentes interpusieron recurso administrativo ante el Ayuntamiento de Madrid de quien depende la mercantil y frente al silencio administrativo dedujeron el oportuno recurso contencioso, que fue admitido a trámite.

Un segundo ejemplo lo constituye la STS 9147/1995, de 20 de febrero, Sala de lo Contencioso, en relación con un contrato del Patronato Municipal de Cultura, Juventud y Deportes dependiente del Ayuntamiento de Móstoles (Comunidad de Madrid). En dicha sentencia el TS afirma que *“así, aunque los contratos de 1985 y 1987 fueran otorgados por el Patronato Municipal de Cultura, Juventud y Deportes, que dispone de personalidad jurídica propia, debe estimarse en este caso que el Ayuntamiento puede ser también demandado en los actuales autos, pues la personalidad del Patronato es meramente operativa e instrumental, como acreditan dos datos fundamentales de sus estatutos: El presidente, vicepresidente y los siete vocales de la Junta Rectora son miembros de la Corporación, y las aportaciones municipales son su primera –y, sin duda, normal– fuente de ingresos. En tales circunstancias, el aceptar su falta de legitimación, además de no corresponder a la realidad subyacente en el proceso, podría comportar una mayor dificultad en el momento de ejecutar la sentencia”*.

Por lo que se refiere al segundo supuesto de las entidades públicas que actúan en régimen de Derecho privado –hoy paradigmáticamente las entidades públicas empresariales a los ojos del TRLCSP–, resulta de interés la STS de 25 de julio de 1994, rec. nº 7311/1990, Sala de lo Contencioso. En ella el TS resuelve que *“efectivamente, tanto la Ley 5/1986, que creó la Entidad Autónoma de Juegos y Apuestas de la Generalidad, como el Decreto 144/1986, de 23 mayo, que reguló su estatuto, constituyen una manifestación más de la generalizada tendencia a dotar a los llamados «entes instrumentales» de un régimen jurídico más operativo que el administrativo común, con las relativas ventajas y muy graves riesgos que ello comporta, bien atribuyendo carácter civil o mercantil a sus operaciones con terceros, bien prescindiendo de trámites internos que han sido típicos de la contratación administrativa. Como el fenómeno se ha extendido a los más variados ramos de la actuación administrativa, no es fácil una valoración unitaria, y habrá que estar en cada caso a lo que dispongan las leyes respectivas. Sin embargo, la exención de los trámites no comporta, sin más, exoneración de los principios institucionales de la contratación administrativa, como pueden ser los de publicidad y concurrencia, y su cumplimiento no puede dejar de ser competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”*.

Por su parte, la STS de 31 de enero de 1990, Sala Especial del artículo 61 LOPJ, rec. nº 207/1989, con ocasión de un concurso licitado por RTVE

sostiene que *“ahora bien, para la plausible finalidad de dotar de agilidad funcional al Ente público RTVE, con personalidad jurídica propia dentro de la constelación de sujetos que componen la Administración indirecta o institucional, se estableció que «en sus relaciones jurídicas externas, en las adquisiciones patrimoniales y contratación, estará sujeto, sin excepciones, al Derecho privado (artículo 5 de la Ley 4/1980)».* Esta norma no impide, sino que más bien sirve de punto de apoyo a la doble calificación administrativa y civil, según los casos, de la actividad en el ámbito de la contratación. En definitiva, y sin más digresiones, **las actuaciones preparatorias que conforman el procedimiento para la selección del contratista son separables del negocio jurídico, con arreglo a una vieja construcción jurisprudencial surgida hace ya un cuarto de siglo, con franco salvoconducto en el área académica. Así pues, estos actos que por su naturaleza intrínseca son administrativos, en el sentido estricto de la expresión, pueden ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, juez común de las Administraciones públicas, como pone de relieve el art. 106 de la Constitución.** La convocatoria y la adjudicación del concurso forman parte de este grupo y, por ello, su enjuiciamiento no cabe deferirlo al orden jurisdiccional civil, si se impugnan –como se hizo– con independencia del contrato de suministro en su conjunto”.

En definitiva, se hace necesario, pues, salir al paso del *“decidido propósito del legislador de sustraer a toda costa del control contencioso-administrativo a los contratos de las sociedades públicas, aun cuando estas sean en realidad Administraciones públicas disfrazadas, una simple indumentaria más ligera para ejercer actividades de interés general, pues si a esas sociedades se les aplican las Directivas es justamente porque no se dedican a actuar en el mercado produciendo bienes y servicios”*⁴¹.

A mayor abundamiento, puede recordarse que una senda interpretativa semejante, aunque contraria a la atribución de competencias al contencioso, realizaron en su día los órdenes jurisdiccionales civil y social, que no dudaron en admitir a trámite demandas por responsabilidad patrimonial de la Administración, aun en contra del sentido literal de las normas administrativas de aplicación. Así es, a pesar de que tanto la Ley 30/1992, ya desde su primera versión, en materia de responsabilidad patrimonial, con independencia de la relación pública o privada de la que derive, requirió efectuar una previa reclamación administrativa cuya resolución conduce derecha y exclusivamente al contencioso, como de que en 1994 la Sala de conflictos del TS determinó que el único orden jurisdiccional competente era el contencioso, se siguieron admitiendo demandas civiles y sociales

41. BAÑO LEÓN (2004, p. 361).

por responsabilidad patrimonial contra la Administración. Ello exigió, como es bien conocido, que tanto la LOPJ, como la LJCA de 1998, incluyeran una prohibición expresa de la admisión de demandas de este tipo por los Tribunales civiles y sociales.

Volviendo a nuestro campo, pero en otro orden de consideraciones, no debe perderse de vista que las normas y principios del Derecho administrativo tienen una lógica propia y que los principios de publicidad y concurrencia solo cobran sentido en razón de los fines públicos perseguidos lo que los convierte en pautas de actuación características del Derecho administrativo y que emanan, en este caso, de la normativa de contratos públicos de la que forman parte y a la que inspiran. Tales principio, por definición, se oponen a la autonomía de la voluntad que prevalece en el campo privado, donde cada persona contrata con quien quiere, no con quien debe⁴².

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se puede concluir que el artículo 2.b) y la Exposición de Motivos de la LJCA permitirían que los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos hicieran una interpretación que estime competente a esta jurisdicción para conocer de los actos de preparación y adjudicación de todos los contratos no administrativos sujetos a la “*legislación de contratación de las Administraciones públicas*”, que hoy es la legislación de contratos del sector público.

Si bien no podemos ignorar el tenor literal del artículo 21.2 del TRLCSP que atribuye, en los supuestos ya considerados, la competencia a la jurisdicción civil, a la vista de cuanto se ha explicado en estas páginas, la atribución al contencioso resulta más congruente con una interpretación sistemática de todo el ordenamiento jurídico y específicamente de la legislación procesal administrativa. Ciertamente que este resultado –doble atribución competencial– puede por hipótesis conducir –como ya sucedió en materia de responsabilidad patrimonial– a soluciones contradictorias que sobre un mismo asunto planteado ante los dos órdenes jurisdiccionales pudieran producirse. Pero este peligro nos parece ciertamente menor en comparación con la derivada de la merma de tutela judicial efectiva que la atribución a la jurisdicción civil y no al contencioso comporta⁴³.

Sin perjuicio de esta reinterpretación que defendemos, la seguridad jurídica demanda que, desde luego, *de lege ferenda*, el legislador enderece las cosas. La trasposición del conocido como cuarto paquete de Directi-

42. ORTIZ VAAMONDE (2004b, p. 1472).

43. La doctrina ha denunciado el riesgo cierto de que se produzcan auténticas denegaciones de justicia, *cfr.* GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ (2011b, p. 620); BAÑO LEÓN (2004, p. 362).

vas del sector de la contratación pública de 2014, puede ser un momento propicio para corregir todas estas disfunciones de las que hemos dado cuenta. De la misma forma que se habla y se consagra el “derecho a una buena Administración”, puede hablarse de la necesidad del “derecho a un buen legislador”. Obviamente la misión fundamental de una Administración consiste, en esencia, en aplicar o ejecutar la normativa vigente y, por tanto, la adecuación a la legalidad al hacerlo puede ser más fácil de analizar. Es cierto que el legislador tiene un margen de maniobra a la hora de establecer los elementos normativos mucho más amplio –salvo al respeto a los postulados constitucionales–, pero no es menos cierto que se ha de exigir una buena técnica legislativa que, entre otras muchas cosas, requeriría un respeto mayor del existente, por los aspectos básicos del sistema de ordenamiento jurídico general que existe en España. No se debería admitir la “ingeniería legislativa” para evitar la aplicación de postulados básicos del propio sistema normativo. Naturalmente no estamos ante ilegalidades porque es la propia ley la que las establece, pero desde una óptica exigente con lo que debe entenderse por buena técnica legislativa, prácticas tan comunes como la que acabamos de referir, y que en marco de los contratos del sector público son especialmente evidentes, resultan criticables.

V. INCIDENCIA DE LAS DIRECTIVAS DE RECURSOS EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE CONTROL DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

1. LA MATIZADA NEUTRALIDAD DEL DERECHO EUROPEO EN LA MATERIA

Como recientemente ha recordado la STJ de 12 de marzo de 2015⁴⁴, “(...), ante la inexistencia de una normativa de la Unión en esta materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro configurar la regulación de los procedimientos administrativos y judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables”. Esta capacidad de decisión no es, con todo, ilimitada, pues la misma sentencia se encarga de matizar que, “La regulación procesal de estos recursos, sin embargo, no debe ser menos favorable que la referente a los recursos semejantes establecidos para la protección de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)”.

44. Asunto C-538/13, *eVigilo Ltd*, (EU:C:2015:166), apartado 39.

En efecto, las cuestiones a las que nos venimos refiriendo en el presente estudio son propias o específicas del Derecho interno. Es cierto que en materia de contratación, las instituciones europeas no se han contentado con establecer unas normas sustantivas sobre la misma (normas sustantivas hoy contenidas en las Directivas de 2014), sino que las instituciones comunitarias fueron conscientes de la necesidad de acompañar al anterior cuerpo normativo de un instrumento complementario de naturaleza procesal tendente a garantizar el cumplimiento y observancia de las normas materiales. Es por ello que las Directivas sustantivas fueron completadas con las correlativas Directivas “procesales” que arbitran los recursos a los que acudir en caso de que se produzca una vulneración del contenido de las anteriores. Se dictan así las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, modificadas más recientemente por la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, sobre mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

A los efectos de estas páginas, destacaremos simplemente, que esta normativa sanciona la obligación de que en los Estados miembros existan recursos concretos que posibiliten que las decisiones que se adopten en el seno de los procedimientos contractuales afectados por las Directivas sustantivas sean susceptibles de ser recurridas rápida y eficazmente a través de recursos *ad hoc*, interpuestos bien ante órganos administrativos, especializados o no, o ante órganos jurisdiccionales. Este sistema busca garantizar que la aplicación las normas comunitarias recogidas en las Directivas sustantivas sobre contratación pública se realiza adecuadamente.

Las Directivas de recursos imponen que los Estados cuenten con un mecanismo que garantice el cumplimiento de los objetivos que en ellas se definen, pero deja libertad para que cada uno se decante por la solución específica que mejor se adapte a su sistema jurídico. Es decir, los Estados miembros mantienen un amplio margen para decidir cómo garantizar legalmente el efectivo cumplimiento de la normativa europea de contratación.

Como señala la ya citada STJ de 12 de marzo de 2015⁴⁵ “a este respecto, procede señalar que las disposiciones de la Directiva 89/665, destinadas a proteger a los licitadores contra la arbitrariedad del poder adjudicador, **tienen como objetivo reforzar los mecanismos existentes para garantizar la aplicación efectiva de las normas de la Unión en materia de adjudicación de contratos públicos**, en particular en una fase en que las infracciones aún pueden subsanarse (...). El artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665 exige recur-

45. Apartado 50.

son eficaces «con arreglo a modalidades detalladas que [los Estados miembros] podrán determinar», y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones enunciadas en los artículos 2 a 2 septies de la citada Directiva”.

Esta “libertad” es expresión del denominado “principio de autonomía institucional” a nivel procedimental. Tal autonomía es particularmente amplia en lo que se refiere al establecimiento del tipo y naturaleza de los órganos o entes que cada Estado designe como competentes para identificar y corregir potenciales incumplimientos de la normativa europea de contratación. Dicha autonomía nacional está solamente restringida en lo tocante a aquellos aspectos, normalmente de corte más sustantivo, armonizados por la normativa europea. Pero la Directiva de recursos no cubre cada detalle y la elección por la que se ha ido decantando cada uno de los Estados miembros ha partido de diversas consideraciones; de modo significativo, de la forma tradicional de concebir el sistema de compras públicas vigente en el respectivo Estado, pues como es bien conocido, las legislaciones nacionales sancionan muy diferentes perspectivas al respecto.

2. LA SOLUCIÓN ESPAÑOLA

Por lo que a España se refiere, la opción finalmente elegida en 2010 por el legislador a la hora de diseñar el sistema de control de la contratación pública en cumplimiento de la citada Directiva de recursos ha consistido en la creación de un recurso especial, cuyo conocimiento se atribuye a Tribunales administrativos a los que se reconoce facultades a las que podría denominarse “de plena jurisdicción” (son órganos administrativos “cuasi-jurisdiccionales”) con posible reconocimiento de una situación jurídica individualizada y, en su caso, una indemnización. Este modelo se circunscribe, por el momento, principalmente a los “contratos SARA”, mientras que las controversias surgidas en relación con el resto de contratos del sector público que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.1 del TRLCSP, no son objeto del recurso especial, se rigen por el sistema general; esto es, dependiendo del tipo de personificación cabrá o no la posibilidad de interponer un previo recurso administrativo ordinario. Pero siempre será posible acudir a la vía judicial correspondiente, contencioso-administrativa o civil, de conformidad con el artículo 21 del TRLCSP, según fue interpretado en el epígrafe anterior.

Nuestro sistema se aleja, así, de la opción de otros Estados de nuestro entorno que a la hora de transponer la Directiva de recursos se han decantado por otros modelos, tales como los plenamente jurisdiccionales. Ahora bien, la solución española en ninguno de los casos elimina la necesidad

de garantizar formalmente (y no solo materialmente) las exigencias del artículo 24 de la CE.

Sin perjuicio de remitirnos en este punto a cuantas críticas se han vertido en los epígrafes anteriores de este estudio a la cuestionable *praxis* legislativa con respecto a ciertas cuestiones del TRLCSP –que deberían corregirse de *lege ferenda*–, lo que sí conviene ensalzar, siquiera brevemente, es que al menos por el momento, el sistema de recurso administrativo especial vigente ha supuesto un vuelco significativo hacia una notable mejora en lo que al sistema de control en el sector de la contratación pública se refiere.

En efecto, antes de la puesta en marcha de este sistema de recurso especial, se evidenciaba una escasa recurribilidad, ya en vía administrativa, ya en vía judicial, de las cuestiones que podían suscitarse en la etapa de selección de los contratistas. Como ha explicado el profesor BAÑO LEÓN⁴⁶, era descartable que tal circunstancia tuviese su causa en la satisfacción de los aspirantes a convertirse en contratistas del sector público o a un recelo especial, especialmente, de los Tribunales a admitir y/o estimar este tipo de recursos. Explicaba entonces que un sistema de recursos en materia de contratación pública tropieza siempre con una dificultad práctica y es que quienes participan habitualmente en estos mercados sienten una *“natural tendencia, fruto de una opinión muy extendida, a abstenerse de recurrir, en la confianza de “agradar” más a la Administración en otra ocasión”*. Esta circunstancia es particularmente visible en mercados en los que el número de interesados es a menudo reducido, como lo sigue siendo habitualmente en buena parte de los procedimientos de contratación pública pese a los esfuerzos hasta ahora realizados para abrir barreras y fomentar la concurrencia y favorecer la contratación pública transfronteriza. A este respecto, y pese a que pueda seguir considerándose parcialmente válida esta reflexión, como decimos, hay que reconocer que el sistema especial de recursos administrativos ha supuesto una evidente mejora a la hora de que los potenciales contratistas salten esa barrera psicológica.

A nuestro juicio, las claves del éxito del sistema descansan en dos notas específicas: la auténtica independencia y especialización de los miembros que componen los Tribunales u órganos administrativos que resuelven los recursos. La no politización de quienes componen estos órganos y su amplia y contrastada trayectoria en el conocimiento y práctica de la contratación pública garantizan su profesionalización, tan necesaria

46. BAÑO LEÓN (2004, p. 330).

en esta materia, como antes referimos, y que en última instancia conlleva la materialización del derecho a una “buena administración” en el sector⁴⁷.

Si comparamos lo que antes había y lo que ahora tenemos, cabe considerar que vamos por el buen camino. Estos Tribunales y órganos administrativos se están ganando a pulso su *auctoritas*. Funcionan como auténticos órganos imparciales, pues aunque es cierto que formal y presupuestariamente dependen de una Administración, desde el punto de vista funcional están actuando con total independencia de la misma. Esto se aprecia en que, a diferencia de lo que ocurre en relación con otros recursos administrativos ordinarios, el porcentaje de estimación del recurso especial en materia de contratación es mucho más alto. De acuerdo con lo reflejado en las Memorias de actividad de estos órganos, la llamada “tasa de éxito” del recurso⁴⁸, se sitúa alrededor del 35-40% del total de los que se plantean. De otra parte, con sus resoluciones los Tribunales y órganos están haciendo una gran labor en la creación de un cuerpo de doctrina en este campo. Está cambiando la forma de proceder de los interesados en las licitaciones públicas. Como hemos indicado, hasta la fecha, no se recurría mucho. Desde luego, los recurrentes no tenían demasiada confianza en que prosperasen los recursos administrativos. Además, si no se estimaba el recurso, la única vía posible que quedaba era la jurisdicción contencioso-administrativa, donde los recursos se demoraban varios años hasta que se resolvían.

Con la existencia del nuevo modelo, esta situación ha cambiado sustancialmente. Así, entre otros, cabe destacar los siguientes aspectos: los Tribunales y órganos existentes se respetan entre sí y unos tienen en cuenta la doctrina sentada por otros al resolver sus asuntos; quienes recurren están invocando la “doctrina” sentada por estos órganos al plantear sus líneas de defensa; la rapidez en la resolución de los recursos es elevada (de media un mes y medio); la citada “tasa de éxito” de los recursos ha hecho que los legitimados tengan cada vez más confianza en este mecanismo, lo que se evidencia por el incremento del número de recursos presentados cada año, sin que aún pueda afirmarse que se haya producido un abuso en su interposición malintencionada, (aunque sí se ha impuesto alguna multa por temeridad o mala fe⁴⁹); hasta ahora, salvo en Cataluña⁵⁰, el sistema es

47. SANMARTÍN MORA (2012, pp. 407-429); PONCE I SOLÉ y CAPDEFERRO VILLAGRASA (2010, pp. 193-206).

48. BERNAL BLAY (2013, pp. 189-216).

49. Como permite el artículo 47.5 del TRLCSP.

50. En Cataluña, el artículo 37 de la Ley 2/2014 de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y el sector público de Cataluña ha establecido una tasa que han de pagar los particulares para poder plantear este recurso especial.

gratuito para los particulares, etc. En definitiva, el modelo está sirviendo para limpiar y depurar la contratación del sector público.

Naturalmente no todo en este modelo es perfecto y también pueden citarse elementos susceptibles de mejora⁵¹. El déficit más evidente radica en que el control proporcionado a través del recurso especial no abarca a contratos que se hallan por debajo de los umbrales comunitarios, que, como es bien conocido, son elevados y, por tanto, la mayor parte de los contratos quedan fuera de este control. De otro lado, la posibilidad aún subsistente de que los entes locales creen sus propios órganos de recurso tampoco parece una buena solución en tanto que puede desvirtuar la imparcialidad y seriedad del mecanismo al carecer de tamaño suficiente para que dichos órganos sean verdaderamente independientes y separados de los órganos de contratación. Tampoco el carácter potestativo que actualmente se atribuye al recurso es digno de una consideración favorable en razón de las diferencias procesales existentes en función de optar por la vía administrativa o la judicial⁵². De entre ellas alguna de las más claras se localizan en los distintos plazos para la interposición de los recursos (especial administrativo y contencioso administrativo), en la eventualidad, que ya se ha dado en la práctica, de que el mismo asunto se plantee simultáneamente en vía administrativa y jurisdiccional por distintos licitadores, o en el carácter automático de la suspensión que no se da en ningún caso en la vía jurisdiccional. *De lege ferenda*, aspectos como estos deberían abordarse y cambiarse aprovechando la trasposición a nuestro ordenamiento de las Directivas de contratación de 2014.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Lo que queda fuera de toda duda es que la determinación por los Estados miembros del concreto mecanismo a través del cual dar cumplimiento a las Directivas de recursos queda dentro del margen de decisión que pueden adoptar en virtud del “principio de autonomía institucional” y que el Derecho europeo se mantiene, con los matices expuestos, neutral al respecto. Por lo que al sistema del recurso administrativo especial diseñado en nuestro país cabe afirmar que se adecua ya plenamente a las

51. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ y FERNÁNDEZ ACEVEDO (2013, pp. 309 y ss.).

52. Nótese que el TC en diversas ocasiones ha señalado que la necesidad de agotar las vías previas no es contrario a la CE siempre y cuando no suponga un obstáculo definitivo o “*de cumplimiento imposible o extraordinariamente dificultoso*” (SSTC 21/1986 y 22/1986). Esto es, no es contraria a la CE la vía administrativa previa cuando “*el obstáculo que imponga no sea innecesario, excesivo, falto de razonabilidad o de proporcionalidad*” (SSTC 62/1982, 60/1989, 158/1987...).

mencionadas Directivas de recursos y merece hoy por hoy una valoración altamente positiva, sin perjuicio de los matices expuestos.

Bien distinta es la consideración que suscita el reparto jurisdiccional para conocer en última instancia de las controversias que se susciten en torno a los contratos del sector público. Aspecto este que compete en exclusiva al legislador español que, como hemos criticado, ha diseñado en el TRLCSP un sistema poco coherente que en parte prescinde de la mejor especialización y mayor adecuación de la jurisdicción contencioso-administrativa para ello. La trasposición de las Directivas de contratación de 2014 parece el momento adecuado para corregir este estado de cosas.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BAÑO LEÓN, José María (2004): “El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional”, en Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT (Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, pp. 329-363.

BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2013): “El sistema de tutela de la “buena administración contractual”: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 160, pp. 189-216.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1962): “La lucha contra la inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública*, nº 38, pp. 159-205.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2011a): *Curso de Derecho Administrativo I*, 15ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).

– (2011b): *Curso de Derecho Administrativo II*, 12ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).

GIMENO FELIÚ, José María (2015): “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, Ponencia AEPDA, Madrid, febrero, <http://www.aepda.es/AEPDAAdjunto-1152-La-reforma-comunitaria-en-materia-de-contratos-publicos-y-su-incidencia-en-la-legislacion-espanola-Prof-Gimeno-Feliu.aspx>.

– (2014): *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre la contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del li-*

- derazgo institucional de los poderes públicos*. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- (1997): “Una valoración crítica sobre el procedimiento y contenido de las últimas reformas legales en contratación pública”, *Revista de Administración Pública*, nº 144, pp. 129-168.
- LICO, Miguel A. (2013): “Breve estudio sobre los entes instrumentales de la Administración y su huida respecto del Derecho administrativo”, *Erreius on line*.
- MARTÍN REBOLLO, Luis (1995): “El control jurisdiccional de las Administraciones públicas. La reforma del contencioso-administrativo”, *Anuario Jurídico de La Rioja*, nº 1, pp. 191-230.
- (1998): “Título Primero. Del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Capítulo Primero. Ámbito. Artículo 2.d)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 100, pp. 90-99.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1966): “Unidad de jurisdicción para la Administración pública”, *Revista de Administración Pública*, nº 49, pp. 143-192.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (1998): “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. Artículo 2.b)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 100, pp. 77-86.
- MORENO MOLINA, José Antonio (2006): *Los principios generales de la contratación de las Administraciones públicas*, Bomarzo, Albacete.
- MORENO MOLINA, José Antonio y PLEITE GUADAMILLAS, Francisco (2012): *Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, La Ley, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2011): *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*. IV. *La actividad administrativa*, Iustel, Madrid.
- ORTIZ VAAMONDE, Santiago (2004a): *El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros*, La Ley, Madrid.
- (2004b): “Ámbito subjetivo de aplicación de la Ley y de las Directivas comunitarias de contratación pública”, en Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT (Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, pp. 1461-1529.

- PACHNOU, Despina (2013): *The effectiveness of bidder remedies for enforcing the EC public procurement rules: a case study of the public works sector in the United Kingdom and Greece*, Thesis submitted to the University of Nottingham for the degree of Doctor of Philosophy, http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/phdtheses/despina_pachnou_thesis.pdf.
- PONCE I SOLÉ, Juli y CAPDEFERRO VILLAGRASA, Óscar (2010): "El Órgano administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña: un nuevo avance en la garantía del derecho a una buena administración", *Documentación Administrativa*, nº 288, septiembre-diciembre, pp. 193-206.
- SANMARTÍN MORA, María Asunción (2012): "La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea", *Observatorio de contratos públicos 2011*, José María GIMENO FELIÚ (Dir.); Miguel Ángel BERNAL BLAY (Coord.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 407-429.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (2006): "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", *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 12, pp. 1-18.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia y FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael (2013): "Órganos consultivos y de recursos para el control de la contratación pública en España", Domenico SORACE (Dir.), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 309-375.
- WEIL, Prosper (1989): *Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid.



Capítulo VIII

Contratación pública electrónica: la experiencia portuguesa

CLÁUDIA VIANA

*Profesora Asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Minho, Portugal
Coordinadora Nacional (Portugal) de la REDICOP – Red Iberoamericana de Contratación
Pública*

SUMARIO: I. NOTA INTRODUCTORIA. II. EL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN EL MARCO DEL PROYECTO EUROPEO. III. ANTECEDENTES: LAS DISPOSICIONES SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA EN LAS DIRECTIVAS DE 2004. IV. LA EXPERIENCIA PORTUGUESA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA. 1. *El «Código dos Contratos Públicos» de 2008 y la contratación electrónica obligatoria.* 2. *La normativa de la contratación pública electrónica.* 2.1. Principios de la contratación pública electrónica. 2.2. Las plataformas electrónicas. 3. *Una reflexión crítica.* V. LAS DIRECTIVAS DE 2014: EN ESPECIAL, LA OBLIGATORIEDAD DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA. VI. NOTAS FINALES: PERSPECTIVAS DE EVOLUCIÓN DEL DESARROLLO DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA PORTUGUESA.

I. NOTA INTRODUCTORIA

La contratación pública electrónica es, hoy en día, uno de los principales desafíos planteados por la obligación de incorporación del nuevo paquete legislativo europeo de la contratación pública, impuesta a los Estados miembros de la Unión Europea.

Es un hecho que la adopción de las Directivas de 2014 –cuyo plazo finaliza el 18 de abril de 2016– es un marco muy importante en la evolución

de la legislación europea en materia de contratación pública o, en primera línea, por la adopción de un nuevo paradigma de la contratación pública o incluso por las innovaciones introducidas, como sean la regulación de los contratos de concesión, o las modificaciones contractuales, o bien la contratación entre entidades del sector público, entre otros¹.

Pero para el tema que nos ocupa, hay que señalar que la Reforma de 2014 establece la obligación de la contratación electrónica, que requiere, en la mayoría de los Estados miembros, la adopción de una legislación específica, así como un profundo cambio en las prácticas administrativas relativas a la preparación y adjudicación de los contratos públicos.

Sin perjuicio de las diferentes experiencias, con éxito, que se han producido en algunos Estados miembros, Portugal es reconocido como el único país que ha determinado, en 2008, en la transposición de las Directivas 2004 –que, como sabemos, ya habían predicho la utilización de los medios electrónicos en los procedimientos de contratación aunque sin carácter vinculante– el uso obligatorio de la contratación pública electrónica.

Por lo tanto, este trabajo tiene como objetivo hacer un balance en términos necesariamente simples, de la experiencia portuguesa en la aplicación de la contratación electrónica a los procedimientos de contratación pública así como las perspectivas de su desarrollo, teniendo en cuenta el *know-how* acumulado y las nuevas exigencias derivadas de las Directivas de 2014.

II. EL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN EL MARCO DEL PROYECTO EUROPEO

Es importante destacar, en el contexto de la construcción del proyecto europeo, el objetivo de realización del mercado interior, consagrado actualmente en el artículo 3º, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea (TUE), lo que supone, según lo establecido en el artículo 119º del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), «la adopción de una política económica que se basará en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en el mercado interior y en la definición de objetivos comunes, y que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia».

1. Vid, por todos, J. M. GIMENO FELIÚ, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. D la burocracia a la estrategia (el contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Thomson Reuters-Arazandi e Universidad de Zaragoza, 2014.

Como hemos dicho en otra parte², la plena efectividad del mercado interior se basa en la igualdad de oportunidades y de trato, en la no discriminación por razón de nacionalidad y en las libertades de circulación. Bien, asegurados estos “pilares”, es posible promover la competencia en el espacio europeo, que se logra a través de una llamada al mérito de los operadores económicos, o, en otras palabras, a sus capacidades de competencia en el mercado.

En la medida en que la motivación de las decisiones del Estado y de otras entidades públicas raramente basado, exclusivamente, en la estricta racionalidad económica, contrariamente a lo que sucede con las entidades que operan en el sector privado, es imprescindible garantizar que los contratos que aquellos celebran con los agentes económicos son efectivamente abiertos a la competencia en el mercado. Es decir, hay que asegurarse que la competencia entre los operadores económicos respecto a las adquisiciones de las entidades públicas se hace en condiciones de igualdad, no discriminación y sin dificultades, directas e indirectas, a las libertades comunitarias.

Por eso, es en este contexto que debe encuadrarse el Derecho Europeo de los Contratos Públicos, que, dirigiéndose en primera línea, a los Estados y otras entidades públicas (y otros³), les obliga a cumplir con vínculos de índole jurídico-pública consagrados en los Tratados –en particular, la igualdad, la no discriminación y las libertades de circulación– cuando recurren al mercado con el fin de celebrar contratos con los operadores económicos.

Por otra parte, la evolución de esta disciplina jurídica, sea la que se manifieste en las sucesivas generaciones de directivas, o la que resulte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, revela la comprensión del Derecho Europeo sobre los Contratos Públicos pública como un instrumento de ejecución del proyecto europeo. Y así, se entiende que, sin abandonar sus preocupaciones iniciales, la Reforma de 2014 tenga objetivos más amplios, alineados con los retos que actualmente se enfrenta la Unión Europea.

En realidad, la gran novedad de la Reforma de 2014 es la adopción de una visión estratégica de la contratación pública como instrumento de políticas públicas diversas y sectoriales, sin perjuicio de su dimensión económica y financiera, que es también especialmente relevante en un contexto

2. Vid, mi monografía *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
3. En especial, los «organismos de derecho público», objeto de una abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

de crisis, que requiere la promoción de la eficiencia, de la buena gestión de los recursos públicos y de la lucha contra la corrupción.

Explícitamente encuadrado en la *Estrategia Europa 2020*, la contratación pública se reconoce abiertamente como una importante política pública que, como tal, sirve o puede servir a intereses diversos y otros fines públicos, como las políticas medioambientales, el logro de los objetivos sociales y de inclusión, la promoción de la innovación y la reducción de los desequilibrios del mercado interior y la promoción de la participación efectiva de las PYME.

Y por eso, en mi opinión, la contratación electrónica es una herramienta importante para alcanzar los objetivos y propósitos de la normativa europea sobre la contratación pública tal como se establece en la Reforma de 2014.

III. ANTECEDENTES: LAS DISPOSICIONES SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA EN LAS DIRECTIVAS DE 2004

La relevancia de la contratación pública electrónica fue reconocida de manera innovadora en las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, ambas de 31 de marzo de 2004, que contienen diversas disposiciones sobre la aplicación de las tecnologías de información y comunicación a los procedimientos de contratación pública, a raíz de lo que había sido anunciado por la Comisión Europea en los documentos preparatorios⁴ de la Reforma y reafirmado en otros documentos concretos aprobados sobre el tema⁵.

Reconociendo que la contratación electrónica tiene una importancia estratégica, las principales ventajas atribuidas a su uso en el contexto de los procedimientos de contratación pública son: *i*) la simplificación de los procedimientos de contratación pública; *ii*) la obtención de beneficios económicos y ambientales mediante la reducción de los costos asociados con el papel, el transporte y la energía; *iii*) la promoción de una mayor competencia, facilitando el acceso a los contratos públicos por parte de un mayor número de operadores económicos, en particular para las PYME⁶, y *iv*) con aras a maximizar la eficiencia del gasto público en un contexto de crisis económica y financiera.

-
4. *Comunicación de la Comisión: Los contratos públicos en la Unión Europea*, COM (1998) 143 final, de 11.03.1998 y *Libro Verde de 1996*.
 5. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – una estrategia para la contratación pública electrónica*, COM (2012) 179 final, de 20.04.2012, y *Libro Verde sobre el incremento de la contratación pública electrónica en la UE*, COM (2010) 517 final, de 18.10.2010.
 6. Datos del EUROSTAT subrayan que al redor del 99% de las PYME tienen acceso a la internet (Comissão Europeia, MEMO, Bruselas, 15 de Enero de 2014 in http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement).

Las Directivas de 2004 fijan el uso de la contratación electrónica en dos distintos niveles: por una parte, establecen procedimientos de tramitación electrónica; y, por otra, fomentan el empleo de medios de comunicación electrónicos en todos los procedimientos, incluyendo la presentación de ofertas en forma de catálogo electrónico y el acceso a los documentos⁷.

Así, las Directivas establecen un «sistema dinámico de adquisición⁸» que es un proceso de adquisición enteramente electrónico para compras de uso corriente, limitado en el tiempo y abierto durante toda su duración a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección y haya presentado una oferta indicativa que se ajuste al pliego de condiciones. Además de este procedimiento, aún se regula la «subasta electrónica⁹» –un proceso interactivo, basado en un dispositivo electrónico de presentación de nuevos precios, revisados a la baja, y/o nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas, que tiene lugar tras una primera evaluación de las ofertas y que repercuten automáticamente en su clasificación– y el «catálogo electrónico¹⁰» –que es una herramienta de presentación de ofertas, en el ámbito de un procedimiento de celebración de un «acuerdo marco» o bajo el «sistema dinámico de adquisición»–.

Por otra parte, el legislador europeo asume, «teniendo en cuenta las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, así como las simplificaciones que pueden implicar en términos de publicidad de los contratos y la eficiencia y transparencia de procedimientos», que los medios electrónicos deben ser considerados «en pie de igualdad con la utilización de los medios tradicionales de comunicación e intercambio de información» Con este fin, se reglamenta el uso de los medios electrónicos, que deberían estar generalmente disponibles, ser consistentes y no discriminatorios, salvaguardando aún la integridad de los datos y, cuando sea aplicable, la confidencialidad de las ofertas y solicitudes de la participación¹¹.

En adición, la previsión de los incentivos de la utilización de los medios electrónicos, como la reducción de los plazos de publicación de anun-

7. Cfr. Considerandos 12, 13, 14 e 35 de la Directiva 2004/18/CE y Considerandos 20, 21, 22 e 46 de la Directiva 2004/17/CE.
8. Cfr. Artículos 1º, nº 6 e 33º de la Directiva 2004/18/CE y artículos 1º, nº 5 e 15º de la Directiva 2004/17/CE.
9. Cfr. Artículos 1º, nº 7 e 54º de la Directiva 2004/18/CE y artículos 1º, nº 6 e 56º de la Directiva 2004/17/CE.
10. Cfr. Considerando 12 de la Directiva 2004/18/CE y Considerando 20 de la Directiva 2004/17/CE.
11. Cfr. Considerando 35, artículo 42º y Anexo X da Directiva 2004/18/CE y Considerando 46, artículo 48º y Anexo XXIV de la Directiva 2004/17/CE.

cios, si se envían electrónicamente a la Oficina de Publicaciones de la UE¹², y aún la reducción de los plazos de recepción de ofertas, si la entidad de contratación ofrece acceso libre, directo y completo por medios electrónicos, a los documentos del procedimiento¹³.

IV. LA EXPERIENCIA PORTUGUESA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA

1. EL «CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS» DE 2008 Y LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA OBLIGATORIA

El Derecho Europeo de los Contratos Públicos de 2004 se incorporó en Portugal a través del «Código dos Contratos Públicos» (en lo sucesivo, CCP), aprobado por el «Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de Janeiro», modificado por la «Lei nº 59/2008, de 11 de Setembro», y refundido por el «Decreto-Lei nº 278/2009, de 2 de Outubro», con las modificaciones posteriores en el «Decreto-Lei nº 131/2010, de 14 de Dezembro», y por el «Decreto-Lei nº 149/2012, de 12 de Julho».

Como se subraya en el preámbulo del diploma, el CCP concretiza, aunque con dos años de retraso, la transposición de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE y materializa alguna de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los contratos públicos¹⁴.

La contratación electrónica es una de las innovaciones más importantes introducidas por el CCP, que determina, a pesar del carácter facultativo establecido en las Directivas de 2004, el uso obligatorio de la contratación electrónica en los procedimientos de contratación pública previstos en el CCP, después de establecer un período transitorio.

Puede, de hecho, se decir que el éxito de la contratación pública electrónica en Portugal, y en particular, su impacto en la reducción de los costes económicos y medioambientales alcanzados a través de la desmaterialización de los procedimientos, así como la mejora en el acceso de los operadores económicos, especialmente de las PYME, han sido ampliamente reconocido por las entidades europeas, en particular por la Comisión Europea.

12. Artículo 36º de la Directiva 2004/18/CE y artículo 44º de la Directiva 2004/17/CE.

13. Artículo 38º de la Directiva 2004/18/CE y artículo 45º de la Directiva 2004/17/CE.

14. Para una análisis breve de la transposición de las Directivas de 2004 en el CCP, *vid. mi texto «A contratação pública sustentável: um olhar português» in AAVV (Dir. J. José PERNAS GARCÍA e Rafael VALIM), Contratación pública sostenible: una perspectiva iberoamericana, Derecho Público Global – Grupo de Investigación, Bubok Publishing S.L., 2014, pp. 267 e ss., em especial pp. 291 e ss.*

2. LA NORMATIVA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA

Como hemos dicho, el CCP determina la obligatoriedad del uso de la contratación electrónica en los procedimientos, que se materializa en diversas disposiciones, como las relativas a los anuncios de los procedimientos; la obligatoriedad de disponibilidad de los documentos del procedimiento en la plataforma electrónica utilizada por el poder adjudicador; la presentación de ofertas y solicitudes de los operadores económicos a través de la plataforma electrónica, así como la posibilidad de su consulta; y las notificaciones y comunicaciones entre el poder adjudicador y los operadores económicos, licitadores y candidatos, a través de medios electrónicos.

Para garantizar la plena aplicación de las disposiciones de las Directivas de 2004 sobre la contratación electrónica, todavía era necesario complementar las normas contenidas en el CCP, lo que se concretó en el «Decreto-Lei nº 143-A/2008, de 25 de Julho» –por el que se fijan los principios y normas generales que deben cumplir las comunicaciones, intercambios y almacenamiento de datos e informaciones y, en particular, la disponibilidad de los pliegos, así como el envío y recepción de solicitudes y ofertas, incluyendo documentos– y que se detalló en la «Portaria nº 701-G/2008» –sobre el «Portal dos Contratos Públicos¹⁵»– y en la «Portaria nº 701-G/2008» –sobre los requisitos y condiciones del uso de plataformas electrónicas– ambas de 29 de julio.

2.1. Principios de la contratación pública electrónica

Además de la aplicación de los principios generales de la contratación pública –como garantizados expresamente por el legislador europeo– la contratación pública electrónica queda todavía sujeta a los principios específicos, establecidos en el «Decreto-Lei nº 134-A/2008», como se indica a continuación¹⁶:

- i. Principio de la libertad de elección de la plataforma electrónica por parte del poder adjudicador;
- ii. Principio de disponibilidad permanente;
- iii. Principios de no discriminación y de libre acceso;

15. El «Portal dos Contratos Públicos» (www.base.gov.pt) constitui una área multifuncional que disponibiliza la información sobre la celebración de los contratos públicos.

16. Vid, por todos, Mário ESTEVES DE OLIVEIRA y Rodrigo ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Almedina, 2011, en especial pp. 651 e ss.

- iv. Principio de la gratuidad;
- v. Principios de interoperabilidad y de compatibilidad;
- vi. Principios de seguridad, confidencialidad e integridad.

Hay, en cualquier caso, que tener en cuenta tres aspectos importantes. En primero, y en relación con el principio de disponibilidad general, es evidente que lo que está aquí en juego son las características y especificaciones técnicas de las plataformas, capaces de garantizar el pleno acceso en condiciones habituales de medios y equipos. Secundo, el principio de libre acceso está limitado por la obligación, erigida en regla general, que las personas interesadas se comprometen a registrarse en la plataforma electrónica para acceder al área reservada de la plataforma, donde se tramita el procedimiento después de la presentación de ofertas y solicitudes. Tercero, el principio de la gratuidad se limita, en el supuesto de que se cobran tarifas o tasas por el uso de las funcionalidades o servicios extraordinarios de la plataforma que no sean estrictamente necesarios y no están disponibles en el área de libre acceso.

2.2. Las plataformas electrónicas

Reglamentadas por el «Decreto-Lei nº 134-A/2008», las plataformas integran un conjunto de medios, servicios y aplicaciones informáticas necesarias para el funcionamiento de los procedimientos de contratación pública, siendo una infraestructura de desarrollo de estos procedimientos. En otras palabras, se trata de un conjunto de recursos, servicios, herramientas y aplicaciones informáticas, en la que se tramitan los procedimientos de contratación pública.

Las plataformas electrónicas son, pues, el medio utilizado por los poderes adjudicadores para desarrollar un procedimiento concreto para la adjudicación de un contrato público, incluyendo:

1) Envío del anuncio del procedimiento para el «Diário da República Electrónico Português» y para el «Portal dos Contratos Públicos», y aún para los Servicios de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea;

2) Difundir y poner a disposición, en la área de libre acceso, los documentos del procedimiento: el anuncio y pliego de contratación y cualquier documento adicional, así como las exigencias electrónicas a cumplir por los operadores económicos –la forma de presentar las ofertas y solicitudes, los requisitos para la encriptación de los datos, el uso de certificados digitales y de la firma electrónica–, entre otros;

- 3) Recibir y registrar las ofertas y documentos presentados por los operadores económicos interesados en el procedimiento;
- 4) Hacer la encriptación de las ofertas y documentos, y también cargarlos en un área privada de la plataforma;
- 5) Preparar, almacenar y difundir la lista de los candidatos y licitadores, de las ofertas y solicitudes recibidas, informes, deliberaciones internas y otros documentos de trabajo, incluyendo la decisión de adjudicación;
- 6) Remitir y recibir de forma segura diversas comunicaciones, proporcionando accesos diferenciados a la información y con distintos niveles de seguridad;
- 7) Publicación del informe de adjudicación en el «Portal dos Contratos Públicos» y del anuncio de adjudicación en los Servicios de Publicaciones Oficiales de la UE;
- 8) Conservación del original y copia de todos los documentos relativos al procedimiento por un período de cuatro años.

3. UNA REFLEXIÓN CRÍTICA

La experiencia portuguesa en la contratación pública electrónica justifica una breve reflexión crítica, con el fin de enumerar algunos de los principales puntos fuertes y puntos débiles de la utilización de la contratación electrónica en Portugal.

En este momento, importa señalar que los Estados miembros no sólo tienen que transponer las Directivas de 2014 –que, como hemos dicho, determinan el uso generalizado de la contratación pública electrónica– como, y en mi opinión, pueden y deben potenciar su uso, maximizando sus beneficios e impidiendo prácticas menos adecuadas, promoviendo en particular la mejora de la competitividad en el mercado interior, a través del acceso de las PYME a la contratación pública, así como reduciendo costos económicos y ambientales, obteniendo un aumento significativo de la eficiencia y de la buena gestión de los fondos públicos en condiciones de mayor transparencia e integridad.

Primero, hay que destacar que Portugal fue el único Estado miembro de la UE que ha cumplido y superado el compromiso de la *Declaración Ministerial de Manchester* de 24 de noviembre de 2005, que –teniendo en cuenta que todas las administraciones públicas europeas tienen capacidad de hacer electrónicamente todos sus contratos públicos– ha estipulado, como objetivo para 2010, el uso de la contratación electrónica en al menos 50%

de todos los contratos públicos de valor igual o superior a los umbrales de aplicación de las Directivas¹⁷.

De hecho, los datos recogidos nos permiten afirmar que el índice de la contratación pública electrónica alcanzado en Portugal en 2012 fue de 80%, registrando se aún una mejora continua en el uso de plataformas electrónicas por un número creciente de poderes adjudicadores.

El ahorro, alcanzado en Portugal, en el primer año de utilización de la contratación pública electrónica ha sido estimado por la Comisión Europea en torno a € 650 millones de euros, lo que representa un ahorro de cerca de 6% al 12% del gasto público total en la contratación pública. Aún según la Comisión, estas cifras podrían haber sido mayores si todos los poderes adjudicadores hubiesen utilizado plenamente la contratación electrónica. En algunos sectores, como los representados por los hospitales, los ahorros obtenidos fueron aún mayores, suponiendo una reducción de precio de cerca de 18% en los contratos de suministro de bienes¹⁸.

Analizando ahora sólo los procedimientos abiertos o restringidos con publicidad, se estima que el 67,8% de los procedimientos de adquisición de bienes y servicios y el 71,3% de los procedimientos relativos a los contratos de obras públicas se finalizaron en menos de 60 días desde la fecha de publicación del anuncio del procedimiento. Todavía se comprueba que en estos procedimientos se presentaron al menos 2 ofertas y en un número significativo de procedimientos relativos a los contratos de obras públicas se presentaron más de 5 ofertas.

Cabe señalar también que, según los datos recogidos a través de una encuesta¹⁹, el 91% de los 308 «municipios» (autoridades adjudicadoras locales) los encuestados son a favor de la contratación pública electrónica, rechazando el regreso al modelo tradicional. Cabe destacar aún una valoración muy positiva del desempeño de las plataformas electrónicas disponibles en el mercado con respecto a la seguridad, integridad y actualización.

Sin embargo, la experiencia portuguesa permite poner de relieve algunos problemas en el uso de las plataformas electrónicas, y que han planteado una preocupación especial expresada tanto por los usuarios –los poderes adjudicadores y los operadores económicos– bien por los provee-

17. Estos datos figuran en el «Relatório sobre a “A Contratação Pública em Portugal 2012», elaborado por el «INCI-Instituto da Construção do Imobiliário, I. P.», Março de 2014 (www.inci.pt).

18. *Comunicación de la Comisión: una estrategia para la contratación pública electrónica*, COM (2012) 179 final, de 20.04.2012.

19. In www.vortalgov.pt.

dores de las plataformas o por parte de entidades públicas con responsabilidades en este ámbito.

Entre las debilidades señaladas, se apunta la dificultad de la interoperabilidad de las diferentes plataformas disponibles en el mercado, con costos de naturaleza administrativa y económica para los agentes económicos que tienen que utilizar distintas plataformas, en función de la opción elegida por los poderes adjudicadores. Todavía hay alguna inseguridad en la distinción entre los conceptos técnicos de área pública, áreas reservadas y áreas exclusivas de las plataformas electrónicas, lo que amplía los costos para los operadores económicos. Se añaden dificultades con la interpretación y aplicación de algunos otros conceptos técnicos fijados en la normativa de las plataformas electrónicas, que no han sido resueltos satisfactoriamente por los tribunales, lo que reduce la seguridad jurídica de los procedimientos realizados.

En cualquier caso, la principal crítica de la utilización de la contratación electrónica no debería, en nuestra opinión, ser atribuida a razones de carácter técnico y jurídico, sino más bien a las decisiones políticas tomadas por el legislador. Nos referimos, en particular, al hecho de que los procedimientos negociados sin publicación previa (denominados, en el CCP, como «procedimientos de ajuste directo») están exceptuados de la obligación de utilización de las plataformas electrónicas.

Incluso, puede se decir que esta opción se justifica por la precaución del legislador, que, asumiendo una ruptura con el modelo tradicional, trató de reducir las dificultades de la implementación del *e-procurement* a través de la exclusión de los procedimientos sin publicidad previa obligatoria. Pero, de hecho, a través de esta exclusión, resulta que la contratación electrónica no se aplica a la mayoría de los procedimientos de contratación llevados a cabo por los poderes adjudicadores. Y esto por razón de que el procedimiento más utilizado en Portugal es el procedimiento negociado sin publicación previa.

Además de la paradoja de la opción legislativa –que eliminó del ámbito de la contratación electrónica los procedimientos capaces de registrar mayores ahorros, sea en la buena gestión de los fondos públicos, o en el aumento de la transparencia y de la integridad, o aún en la promoción de la competencia entre los operadores económicos, especialmente las PYME–, cabe señalar que la contratación electrónica portuguesa no es aplicable a la mayoría de los procedimientos realizados, dado el peso –más de 50%– representado por los procedimientos sin publicidad previa.

En consecuencia, y sin querer poner en duda el impacto positivo de la experiencia portuguesa, es cierto que la relevancia de este impacto positivo de la contratación electrónica respecta a menos de la mitad de los procedimientos realizados por los poderes adjudicadores.

Por último, cumple señalar que la conexión entre las plataformas electrónicas y el «Portal dos Contratos Públicos» proporcionan un fuerte aumento de la transparencia en la contratación pública, y esto sin perjuicio de la necesidad de fijar otras prácticas, sobre todo a respecto del control *ex post* de la correcta aplicación de la normativa sobre la utilización del procedimiento de negociación sin publicidad previa.

En conclusión, la experiencia portuguesa de la contratación pública electrónica es muy positiva, pero puede y debe ser mejorada y ampliada. Entre otras medidas, y en mi opinión, se debería aprobar una normativa más rigurosa, garantizar la resolución de las cuestiones de naturaleza técnica –como las que resultan de la interoperabilidad de las plataformas electrónicas y su conexión con el «Portal dos Contratos Públicos»– y aún, sobre todo, fijar la utilización obligatoria de la contratación electrónica en los procedimientos negociados sin publicación previa.

V. LAS DIRECTIVAS DE 2014: EN ESPECIAL, LA OBLIGATORIEDAD DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA

La reforma del Derecho Europeo de los Contratos Públicos se completó en marzo de 2014, mediante la publicación de tres Directivas: la Directiva 2014/23/UE sobre los contratos de concesión; la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública; y la Directiva 2014/25/UE relativa a la contratación pública por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, todas ellas publicadas en 28 de marzo de 2014.

En resumen, se puede decir que la Reforma de 2014 tiene dos objetivos principales: por un lado, y en continuación, asegurarse de que en los procedimientos de contratación pública se respetan los principios del TFUE sobre el funcionamiento del mercado interior, de modo a garantizar e incrementar la apertura efectiva a la competencia; y, por otro lado, y de una manera innovadora, tiene por finalidad, como ya se ha dicho, promover el uso estratégico de la contratación pública, con el objetivo de lograr un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, tal como se establece en la *Estrategia Europa 2020*.

Estos objetivos son expresos en términos inequívocos por el legislador europeo, en los primeros considerandos de las tres Directivas, y que son desarrollados a lo largo de sus diversas disposiciones.

La Directiva 2014/23/UE sobre los contratos de concesión es un marco importante en la evolución del Derecho Europeo de los Contratos Públicos, al fijar, por primera vez, un único y específico régimen jurídico para todos los contratos de concesión –que, como se sabe, representan cerca de 60% de las colaboraciones público-privadas– incorporando una jurisprudencia firme y reiterada del TJ, que empezó con la sentencia *Telaustria*, en diciembre de 2000, con lo que se concretiza el alargamiento del ámbito de aplicación objetivo de las directivas y, en consecuencia, el incremento de la europeización de los sistemas jurídicos nacionales sobre la contratación pública.

Con respecto a la Directiva 2014/24/UE y 2014/25/UE, que combinan el propósito de continuidad y de innovación, se destacan los siguientes cambios: el concepto de contrato público, y, en particular, la definición de contrato de obras públicas; supresión de la distinción entre los servicios ‘A’ y servicios ‘B’, acompañado de procedimientos especiales y simplificados para algunos contratos de servicios; aclaración del régimen de los contratos excluidos; dilucidación del concepto de «organismo de derecho público»; simplificación y flexibilización procedimental, en particular mediante el incremento de la posibilidad de utilización de la negociación; reducción de los requisitos formales que deben cumplir los operadores económicos y admisibilidad de un régimen específico para las autoridades adjudicadoras de dimensión regional y local; clara distinción entre los criterios de selección y adjudicación y definición de los criterios de adjudicación; regulación de la posibilidad de evaluar la experiencia de los candidatos o licitadores; derechos especiales y derechos exclusivos; y clarificación del procedimiento de diálogo competitivo, incluyendo la protección de los derechos de propiedad intelectual.

Además, el fortalecimiento de las medidas de prevención y lucha contra el fraude y la corrupción, así como medidas para promover un control efectivo de la aplicación de la legislación europea en materia de contratación pública en los Estados miembros.

Entre las novedades se destacan: la regulación de las relaciones *in house* y otras formas de cooperación entre las entidades públicas; la fijación de normas relativas a la modificación de los contratos durante su vigencia; la regulación de la subcontratación; la adopción de medidas de acceso de las PYME a la contratación pública; el fortalecimiento y la clarificación de la integración de las políticas ambientales y sociales y aún la previsión de un nuevo procedimiento, llamado «asociación para la innovación».

El acceso de las PYME a la contratación pública es una de las políticas que merece más atención en las nuevas Directivas, mediante el establecimiento de un conjunto diversificado de obligaciones como: el «documento europeo único de contratación»; el depósito de certificados en línea (*e-Certis*); la regla de división de contratos en lotes; la proporcionalidad de las exigencias de capacidad técnica y financiera; mayor acceso a los «acuerdos marco»; y la regulación de la subcontratación, incluyendo la admisibilidad de los pagos directos.

Por último, y en especial, cumple señalar que la Reforma de 2014 establece el uso obligatorio de la contratación electrónica, precedido de un período transitorio para su aplicación en todos los Estados miembros²⁰.

Asumiendo la importancia estratégica de la contratación electrónica²¹, la Reforma de 2014 ofrece, como ya se ha concretado en las Directivas de 2004, su aplicación en dos niveles: uno sobre el uso de medios electrónicos de información y acceso a los documentos del procedimiento; y otro sobre la adopción de procedimientos enteramente electrónicos y herramientas electrónicas específicas en los procedimientos clásicos.

Sin perjuicio de la continuidad reconocida en la variedad de medios, soluciones y herramientas electrónicos previstas en las Directivas de 2014, cabe señalar las principales diferencias con el régimen de 2004: primero, el uso obligatorio, y, segundo, la regulación detallada de los distintos aspectos referentes a la implementación de la contratación electrónica.

El uso de los medios electrónicos de comunicación e información se encuentra regulado en los artículos 22º y 53º de la Directiva 2014/24/UE, a través de la predicción de normas muy detalladas, sea en las comunicaciones electrónicas, niveles de seguridad, certificados y condiciones requeridas, sea en la disponibilidad de los documentos electrónicos del procedimiento, respectivamente, y sin perjuicio de la admisión, en el artículo 21º, del establecimiento de requisitos adicionales para proteger la confidencialidad de la información²². También se debe hacer hincapié en la protección del libre acceso, directo, enteramente electrónico y gratuito o, en su defecto, la obligación impuesta a los poderes adjudicadores de ofrecer un medio alternativo de acceso a la presentación electrónica de las ofertas.

20. Artículo 90º de la Directiva 2014/24/UE. Las soluciones adoptadas en las Directivas 2014/23/UE y Directiva 2014/25/UE son las mismas. Por esa razón, a continuación solo se indican las disposiciones de la Directiva 2014/24/UE.

21. *Comunicación de la Comisión: Una estrategia para la contratación pública electrónica*, COM (2012) 179 final, de 20.04.2012.

22. Considerandos 52 a 57 y Anexo IV.

En cuanto a los procedimientos y herramientas informáticas, la Reforma de 2014 mantiene la previsión de “sistemas de adquisición dinámicos”, ahora regulado con más detalle en el artículo 34º, como se ha verificado en las «subastas electrónicas», que también son objeto de una regulación exhaustiva en el artículo 35º.

El uso de “catálogos electrónicos”, ya admitidos en la Directiva de 2004 está detallado, de manera innovadora, en el artículo 36º, en el supuesto de que los Estados miembros podrán establecerla obligatoriedad del uso de catálogos electrónicos para ciertos tipos de contratos públicos²³.

Por último, cabe señalar que el legislador permite a la Comisión, en caso necesario, adoptar normas técnicas específicas, y en particular para garantizar la interoperabilidad de las normas técnicas para el tratamiento y la transmisión de los mensajes, en particular en un contexto transfronterizo²⁴.

El acceso libre es, en realidad, el *Talón de Aquiles* de la generalización de la contratación electrónica y que, si no se aborda adecuadamente, puede dar lugar a la creación de barreras y obstáculos técnicos que pueden limitar e incluso distorsionar los efectos positivos que se pueden lograr a través de la utilización de la contratación electrónica en el acceso al mercado, en particular por las PYME.

VI. NOTAS FINALES: PERSPECTIVAS DE EVOLUCIÓN DEL DESARROLLO DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA PORTUGUESA

Con el fin de preparar la aplicación del sistema de contratación electrónica que figura en las Directivas de 2014 y mejorar el marco existente y solucionar algunas de sus debilidades, el Gobierno portugués presentó en enero de 2015, un proyecto de ley, con respecto a la disponibilidad de las plataformas electrónicas de contratación pública, fijando los requisitos y condiciones de interoperabilidad a las que deben obedecer así como la conexión con el «Portal dos Contratos Públicos» y con otros sistemas de las entidades públicas.

Se trata de un proyecto de ley ambicioso, que contiene una regulación detallada y muy extensa (95 artículos)²⁵, de que se destaca las siguientes novedades:

- i) Enumeración de los principios específicos aplicables a las plataformas electrónicas y su utilización por los proveedores, por los poderes adjudicadores y por los agentes económicos;

23. Considerandos 63, 64, 65, 66, 67 y 68 de la Directiva 2014/24/UE.

24. Artículo 22º, nº 7 de la Directiva 2014/24/UE.

25. In *www.portugal.gov.pt*.

- ii) Definición de los requisitos y especificaciones técnicas de las plataformas;
- iii) Obligatoriedad de la interoperabilidad de plataformas y acceso al «Portal dos Contratos Públicos»;
- iv) Previsión de una entidad pública con funciones de asignación de licencias y control de las plataformas y de una otra entidad con funciones de acreditación en materia de seguridad y protección de datos;
- v) La distinción entre servicios gratuitos y servicios avanzados;
- vi) Precisión del régimen de los certificados de acceso a las plataformas y su interoperabilidad;
- vii) Obligatoriedad de la disponibilidad de dos idiomas (portugués e inglés) para el uso de plataformas electrónicas;
- viii) Definición del marco jurídico para la firma electrónica avanzada y reglas para la encriptación de datos;
- ix) Reglas para el archivo y conservación de los documentos de los procedimientos.

Pero, hay, también, que subrayar la necesidad de resolver las deficiencias técnicas existentes e incrementar el uso de la contratación pública electrónica, a través de la ampliación e imposición de su uso obligatorio para los procedimientos de negociación sin publicidad previa.

Además de los ahorros específicos que se pueden alcanzar, sin duda que el incremento de la contratación pública electrónica es una herramienta importante para el éxito de una contratación pública transparente, capaz de promover la igualdad de acceso para todos los operadores económicos así como la eficiencia del gasto público en un mercado europeo sostenible e integrador.

Análisis comparado de la legislación sobre contratos administrativos de los países de Iberoamérica

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA APROXIMACIÓN Y GRANDES SIMILITUDES EN LAS REGULACIONES Y PRÁCTICAS ADMINISTRATIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LOS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA. II. IMPORTANCIA ECONÓMICA DE LAS COMPRAS PÚBLICAS. III. LAS LEYES Y REGLAMENTACIONES NACIONALES SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS Y SUS CONSTANTES REFORMAS. EL PREOCUPANTE MANTENIMIENTO DE RÉGIMENES ESPECIALES DE CONTRATACIÓN. LA INSEGURIDAD JURÍDICA OCACIONADA POR TODO ELLO. IV. EL RESPETO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES COMO OBJETIVO PRINCIPAL DE LAS VIGENTES LEGISLACIONES REGULADORAS DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN AMÉRICA LATINA. V. LOS NOTABLES AVANCES EN LA UTILIZACIÓN DE MEDIOS ELECTRÓNICOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. VI. LA PARTICIPACIÓN EN ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO CON CAPÍTULOS SOBRE COMPRAS PÚBLICAS.

I. INTRODUCCIÓN. LA APROXIMACIÓN Y GRANDES SIMILITUDES EN LAS REGULACIONES Y PRÁCTICAS ADMINISTRATIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LOS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA

Las compras de bienes y servicios y el encargo de la realización de obras públicas al sector privado por parte de las Administraciones públi-

cas y las entidades y organismos dependientes de ellas significan en nuestros días una considerable parte del Producto Interior Bruto de los países de América latina¹.

Al analizar las legislaciones y prácticas administrativas nacionales sobre contratación pública en los países de América latina la principal conclusión que se extrae es la similitud de las mismas, que deriva de una normativa adoptada o reformada recientemente en la mayoría de ordenamientos y de unas preocupaciones, retos y objetivos en esta materia comunes a todos los Estados² como son la lucha contra la corrupción³ y la necesaria modernización de la contratación pública para materializar en la misma los principios de eficiencia, integridad y buena administración así como la implantación de medios electrónicos en los procedimientos de compras públicas⁴.

Además, es importante tener en cuenta la actual tendencia internacional hacia la elaboración de un Derecho común que discipline las fases de preparación y adjudicación de los contratos públicos, que no sólo se aprecia claramente en el Derecho de la Unión Europea que afecta a España, sino que también se manifiesta con fuerza en importantes normas internacionales cuyo principal objetivo consiste en asegurar el respeto de los principios de objetividad, transparencia y no discriminación en la contratación pública.

1. Véase al respecto el documento de la SELA (Secretaría Permanente del Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe), *Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe*, Caracas (Venezuela), 2014, p. 9. Doc. SP/Di n° 11-14; disponible en la dirección web –fecha de consulta 12 de octubre de 2014–: http://www.sela.org/attach/258/EDOCS/SRed/2014/09/T023600006062-0-Di_11_Compras_publicas.pdf.
2. Esas similitudes caracterizan hoy en día a las regulaciones nacionales sobre contratación a nivel global, como destaca AUBY, J. B., “Comparative approaches to the rise of contract in the public sphere”, *Public Law*, spr, 2007, p. 57.
3. En general, véase 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”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 147 (2010), pp. 517-535 y MEDINA, T., “Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española”, en *La contratación pública a debate: presente y futuro* (Coord. FERNÁNDEZ ACEVEDO, VALCÁRCEL FERNÁNDEZ y BELLO CONDIDE), Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2014, pp. 299-344. También pueden verse sobre la materia las reflexiones de FERNÁNDEZ RUIZ, J., *Derecho administrativo. Contratos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2000 y BREWER-CARIAS, A., *Contratos Administrativos. Contratos Públicos. Contratos del Estado*, Fundación editorial jurídica venezolana, Caracas, 2013.
4. Sobre el alcance de estos principios puede verse GIMENO FELIÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

Por lo que afecta a los países iberoamericanos, al no ser partes salvo España y Portugal del Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio, resulta de importancia al respecto la Ley Modelo sobre Compras Públicas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

También se deben destacar las disposiciones sobre contratación pública de instrumentos de integración regional así como de muchos tratados de libre comercio firmados por países del continente americano⁵.

II. IMPORTANCIA ECONÓMICA DE LAS COMPRAS PÚBLICAS

Los contratos administrativos tienen en la actualidad un gran significado económico en todos los países, como refleja el siguiente cuadro.

Participación de las compras públicas en el PIB por regiones en el año 2012

Región	%PIB
Unión Europea	21,66
Mundo	17,87
África Subsahariana	17,82
BRICS	17,59
Oriente Medio y Norte de África	16,59
Estados Unidos	15,68
América Latina y el Caribe	15,52
China	13,71
Asia Pacífico	13,01

Fuente: Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (http://www.sela.org/attach/258/EDOCs/SRed/2014/09/T023600006062-0-Di_11_Compras_publicas.pdf, fecha de consulta 12 de octubre de 2014).

De acuerdo con los estudios publicados por la Comisión Europea, para los países de la Unión Europea en el año 2008, la compra de bienes, obras y servicios por parte del sector público ascendió a 2.155 billones de euros, que equivalen a un 17,23% del producto interior bruto (PIB) europeo y en el 2010 más del 19%⁶.

5. Véase RODRÍGUEZ ARANA, J.; JINESTA LOBO, E., NAVARRO MEDAL, K. y MORENO MOLINA, J. A., *Derecho internacional de las contrataciones administrativas*, Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, eds. GUAYACAN, San José (Costa Rica), 2011.
6. Véanse los 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, disponible en 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,

Por lo que se refiere en concreto a los datos referidos a la participación de las compras públicas en el PIB de los países de América latina, el reciente estudio de la Secretaría Permanente del Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe⁷, destaca que en el periodo comprendido entre los años 2000-2012, Cuba es el país con mayor participación del PIB (cerca del 40% del PIB) y Brasil y Surinam cuentan con cifras que superan el 20% del PIB.

Para un importante número de los países de América latina los contratos públicos suponen entre un 15 y 20% del PIB: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Colombia, Costa Rica, Granada, Honduras, Jamaica, Santa Lucía y San Vicente y las Granadinas. También para España las cifras son similares, con un 18,5 PIB⁸.

Entre un porcentaje del 10 al 15% se sitúan la mayoría de los países de Sudamérica (Bolivia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela), además de México, Panamá, El Salvador, Guatemala, Guyana, San Cristóbal y Nieves y Trinidad y Tobago.

En un último escalón habría que situar a la República Dominicana y Nicaragua, países en los que las compras gubernamentales suponen menos del 10% del PIB.

Participación de las compras públicas/PIB por países en América Latina y el Caribe en el período 2000-2012

País	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Antigua y Barbuda	19	21	24	19	19	17	16	16	17	18	17	18	18
Argentina	14	14	12	11	11	12	12	13	13	15	15	15	17
Bahamas	11	11	11	11	12	11	12	12	13	15	15	15	15
Barbados	13	14	14	19	17	16	14	17	19	19	19	20	18
Belice	13	13	14	15	14	14	14	15	16	17	16	16	-
Bolivia	15	16	16	17	16	16	14	14	13	15	14	14	13
Brasil	19	20	21	19	19	20	20	20	20	21	21	21	21

en http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2009_en.pdf (fecha de consulta 15 de diciembre de 2014).

- Secretaría Permanente del Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA), *Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe*, Caracas (Venezuela), 2014, p. 9. Documento SP/Di n° 11-14; disponible en la dirección web –fecha de consulta 12 de octubre de 2014–: http://www.sela.org/attach/258/EDOCS/SRed/2014/09/T023600006062-0-Di_11_Compras_publicas.pdf.
- Véase la web del Observatorio de Contratación Pública (<http://www.obcp.es/>, fecha de consulta 11 de febrero de 2015) y el informe y las estadísticas sobre la contratación pública elaborados por la Dirección General del Mercado Interior de la UE, disponibles en http://ec.europa.eu/internal_market/en/publproc/general/index.htm (fecha de consulta 10 de septiembre de 2014).

País	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Chile	12	12	12	11	11	10	10	10	11	13	12	12	12
Colombia	17	17	16	16	16	16	16	16	16	17	17	16	17
Costa Rica	13	14	15	14	14	14	14	13	14	17	18	18	18
Cuba	30	31	34	34	35	34	32	35	40	39	35	38	-
Dominica	19	18	17	15	14	16	16	16	14	17	17	17	18
Ecuador	9	9	10	11	11	11	11	11	12	14	13	13	13
El Salvador	10	10	10	10	10	10	10	9	9	11	11	11	11
Grenada	12	12	12	12	13	13	13	13	15	16	16	16	16
Guatemala	7	10	10	10	9	8	8	9	9	10	10	10	11
Guyana	25	26	26	28	27	27	15	15	15	16	15	15	13
Haití	8	9	9	8	7	7	9	-	-	-	-	-	-
Honduras	13	15	15	15	15	16	15	17	17	19	18	16	16
Jamaica	14	14	15	14	13	14	14	15	16	16	16	16	16
México	11	11	11	11	11	11	11	11	11	12	12	12	12
Nicaragua	9	9	9	9	9	9	9	8	8	8	8	9	9
Panamá	13	14	15	14	14	13	12	11	10	13	13	12	10
Paraguay	11	10	9	9	9	9	10	9	9	11	10	10	12
Perú	11	11	10	10	10	10	10	9	9	10	10	9	10
República Dominicana	8	8	9	7	6	7	7	7	8	8	8	7	8
San Cristóbal y Nieves	11	11	10	9	11	11	9	9	10	11	11	11	10
Santa Lucía	17	19	20	20	18	18	15	13	13	15	17	16	17
San Vicente y las Granadinas	16	16	16	15	16	16	15	16	17	18	19	16	16
Suriname	37	32	29	25	25	23	-	-	-	-	-	-	-
Trinidad y Tobago	12	14	14	13	12	12	11	10	10	-	-	-	-
Uruguay	12	12	12	12	11	11	11	11	12	13	13	13	14
Venezuela	12	14	13	13	12	11	12	12	12	14	11	12	12

Fuente: Banco Mundial (<http://datos.bancomundial.org/>, fecha de consulta 13 de octubre de 2014) y Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (http://www.sela.org/attach/258/EDOCs/SRed/2014/09/T023600006062-0-Di_11_Compras_publicas.pdf, fecha de consulta 12 de octubre de 2014).

Sin embargo, no puede dejar de llamarse la atención sobre la falta de estadísticas completas sobre las compras públicas en la mayoría de países de América latina, lo que compromete seriamente el principio de transparencia y afecta de forma negativa a la adopción de políticas públicas en la materia⁹. Como ha destacado el profesor GIMENO FELIÚ, la transparencia se comporta aquí como instrumento principal de rendición de cuentas y

9. SANMARTÍN MORA, A., "Las nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013, de Transparencia, acceso a la información

de legitimación del buen hacer administrativo, directamente vinculado al principio de “buena gobernanza”¹⁰.

El problema se extiende también a los países de la Unión Europea, que hacen públicos pocos datos sobre los contratos administrativos. Por desgracia, nada tiene que ver la contratación pública con las excelentes estadísticas que ofrece Eurostat (Statistical Office of the European Communities, Oficina Europea de Estadística¹¹) de carácter macro-económicos (que sirven para apoyar las decisiones del Banco Central Europeo en su política monetaria para el euro), sus datos regionales y clasificación (NUTS) que orientan las políticas estructurales de la Unión Europea, las relativas al sector económico privado, a la industria, el comercio y servicios, la agricultura y pesca o el comercio exterior.

La Resolución del Parlamento Europeo de 20 de junio de 2007, sobre problemas específicos de transposición y aplicación de la legislación relativa a la contratación pública, ya advirtió la existencia de problemas en Europa en cuanto a la recogida de datos sobre la contratación pública que obedecen, en particular, a la existencia de numerosas autoridades adjudicadoras en los distintos países y al hecho de que la lista de casos en los que las normas no se han aplicado correctamente es amplia.

En España, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, obliga en su artículo 8 a que las Administraciones, entidades y organismos públicos hagan pública en sus portales de contratación sobre “todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente”.

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.

pública y Buen Gobierno”, *Observatorio de contratación pública 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 81 y ss.

10. GIMENO FELIÚ, J. M. “Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos”, en AAVV, *Observatorio de contratación pública 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 27 y ss.

11. Véase la web <http://ec.europa.eu/eurostat>, fecha de consulta 15 de enero de 2015.

Como ejemplo de información estadística sobre contratación pública puede destacarse la que proporciona el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado del Perú (OSCE)¹².

III. LAS LEYES Y REGLAMENTACIONES NACIONALES SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS Y SUS CONSTANTES REFORMAS. EL PREOCUPANTE MANTENIMIENTO DE REGÍMENES ESPECIALES DE CONTRATACIÓN. LA INSEGURIDAD JURÍDICA OCASIONADA POR TODO ELLO

Pese a la estabilidad y previsibilidad debieran caracterizar a este sector del ordenamiento jurídico-público esencial para el adecuado funcionamiento de las Administraciones públicas así como para la eficaz prestación de servicios a los ciudadanos, la contratación pública ha sido sometida en los últimos años en todos los países de América latina a un sinnúmero de reformas normativas, impulsadas y planteadas la mayoría de ellas por los legisladores y gobernantes nacionales con el objetivo de simplificar y hacer más eficaz el procedimiento jurídico administrativo de contratación¹³.

El proceso no puede sorprendernos desde un Derecho español que ha estado expuesto en los últimos años a una constante avalancha normativa en la materia y que se encuentra en la actualidad en pleno proceso de incorporación del nuevo Derecho europeo sobre contratos públicos¹⁴.

12. <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/estadisticas>, fecha de consulta 20 de enero de 2015.
13. Un análisis comparado de estas legislaciones puede verse en AAVV (Dir. RODRÍGUEZ ARANA, SANZ y SENDÍN), *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, Cameron May, Londres, 2008; AAVV, *Contratos públicos en España, Portugal y América Latina* (dirección MORENO MOLINA, J. A. y MATILLA CORREA, A.), Difusión Jurídica, Madrid, 2008; AAVV (Dir. RODRÍGUEZ ARANA, J. y JINESTA, E.), *El Derecho Administrativo en perspectiva (Estudios en homenaje al profesor Dr. José Luis Meilán Gil)*, Buenos Aires, Ediciones Rap S.A., 2014; AAVV (Dir. PERNÁS, J. y VALIM, R.), *Contratación Pública Sostenible: Una perspectiva Iberoamericana*, Bubok Publishing, 2014; AAVV (Dir. RODRÍGUEZ ARANA y GARCÍA PÉREZ; Coord. PERNÁS GARCÍA y AYMERICH CANO), *Reforma del Estado y Transformación del Derecho Administrativo*, Bubok Publishing, La Coruña, 2014; AAVV, *Contratación Pública. Doctrina nacional e internacional*, Adrus, Lima (Perú), 2013; AAVV, *Fuentes del Derecho Administrativo (Tratados Internacionales, contratos como regla de derecho, jurisprudencia, doctrina y precedente administrativo)*, IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Ediciones RAP, Buenos Aires (Argentina), 2010 y AAVV (Dir. ESPINOSA SALDAÑA, E.), *Tendencias actuales en contratación pública*, Gaceta Jurídica, Lima (Perú), 2014.
14. Acerca del nuevo paquete legislativo europeo y su adaptación al ordenamiento jurídico español puede consultarse GIMENO FELIÚ, J. M., "Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 159

Entre las nuevas normas o las reformas a la legislación aprobadas en los últimos años en la materia pueden destacarse las del Perú (Ley 30225 de Contrataciones del Estado publicada el 11 de julio de 2014), El Salvador (D.L. n° 660 de 3 de abril de 2014, D.O. n° 70 de 11 de abril de 2014, relativo a concesiones de servicios de transporte), Venezuela (Ley de Contrataciones Públicas de 19 de noviembre de 2014), México (Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público de 2000, reformada y adicionada el 15 de junio de 2011, el 16 de enero de 2012 y la publicada en el DOF el 10 de noviembre de 2014), Ecuador (Ley Orgánica Reformatoria emitida el 14 de octubre de 2013, que modifica la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de 2008), Honduras (Ley de Compras Eficientes y Transparentes a Través de Medios Electrónicos, Decreto 36, de 21 de marzo de 2013), Uruguay (Decreto 150/012, Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera, TOCAF), Argentina (Decreto n° 893/2012, que reglamenta el Decreto Delegado n° 1023 y sus modificaciones), Chile (Ley 19886, publicada el 30 de julio de 2003, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, modificada el 1 de marzo de 2010), Nicaragua (Ley n° 737, de 19 de octubre de 2010, de contrataciones administrativas del sector público), Puerto Rico (Ley n° 218 de 21 de diciembre de 2010, de Documentos Uniformes para la Contratación de Programación, Gerencia, Diseño, Inspección y Construcción de Obras Públicas), Bolivia (Decreto Supremo n° 0181, de 28 de junio de 2009, Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios y sus reformas a través de los Decretos Supremos 843, de 13 de abril de 2011 y 956, de 10 de agosto de 2011), Colombia (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de 2012), y República Dominicana (Ley sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones del Estado Dominicano de 2012).

Con una legislación menos reciente se encuentran países como Brasil (Ley Federal n° 8.666 de 1993, Procesos de Licitación y Contratos de la Administración Pública), Costa Rica (Ley de Contratación Administrativa

(2013), pp. 39-106; MORENO MOLINA, J. A., "La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos", en AAVV (Dir. GIMENO FELIÚ, J. M., Coord. BERNAL BLAY, M. A.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 115-163; y los trabajos publicados en los libros AAVV (Dir. GIMENO FELIÚ, J. M., Coord. BERNAL BLAY, M. A.), *Observatorio de Contratos Públicos 2013*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014; AAVV (Dir. FERNÁNDEZ ACEVEDO, M. R., VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. y BELLO CONDIDE, J.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2014; AAVV, "Número monográfico sobre las nuevas Directivas de contratación pública", *Contratación Administrativa Práctica*, n° 129 (2014); y AAVV (Dir. PERNAS, J.), *Contratación Pública Estratégica*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

de 1995), Paraguay (Ley n° 2051 del 21 de enero de 2003, de Contrataciones Públicas), El Salvador (Ley de adquisiciones y contrataciones de las Administraciones Públicas, Decreto Legislativo n° 868, de 5 de abril de 2000) y Guatemala (Ley de Contrataciones del Estado de 1992).

La desmedida proliferación normativa en el sector¹⁵ ha ocasionado unas notables dificultades a todos los operadores jurídicos y económicos de los contratos públicos, y una complejidad creciente de la normativa sobre contratación pública, que se ha acrecentado además por la existencia en la actualidad de una gran cantidad de normas aplicables a la contratación pública, muchas específicamente referidas a los contratos administrativos pero también otras disposiciones legales y reglamentarias que afectan a la materia, como son las normas presupuestales y de administración financiera. Por ello, su conocimiento resulta bastante complejo. Pese a que en la actualidad estas normas están publicadas en los portales web públicos de contratación de los distintos países, para los operadores económicos y sociales de la contratación, especialmente las micro, pequeñas y medianas empresas, acceder a la legislación y reglamentación de la contratación pública puede resultar una labor de mucha dificultad. La seguridad jurídica se ve notablemente afectada por esta situación y con ello también merma la aplicabilidad de las normas.

Por otra parte, un problema de la máxima importancia es la existencia de un gran número de regímenes especiales que se apartan de la legislación general. Estos regímenes especiales excluyen a muchas Entidades de la aplicación de los procedimientos públicos de contratación fijados en las leyes generales de compras públicas. En esta situación se encuentran entes que celebran contratos muy importantes para las economías de los países de América latina, como las entidades o empresas públicas petroleras. Esta "huida" de las normas públicas sobre contratación puede ser contraria a los principios constitucionales de legalidad, objetividad e igualdad y, sobre todo, crea una mayor complejidad e inseguridad a los sistemas nacionales de contratación pública.

La aprobación en muchos países (a través de normas especiales o por medio de decretos de urgencia) de regímenes de contratación pública distintos al régimen general aprobado por las leyes de contrataciones atenta gravemente contra los principios señalados anteriormente, así como los de transparencia y

15. Pocos ámbitos como el de la contratación pública ejemplifican la legislación "motorizada" (GARCÍA DE ENTERRIA, E.: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999, p. 48) característica de los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

predictibilidad que deben regir la actuación pública. Además, aparte de reducir de manera importante el derecho de defensa de los contratistas, permiten que, con poco control y con argumentos como el de acelerar las compras públicas, las entidades públicas asignan al sector privado, con pocos trámites y eligiendo libremente al contratista, importantes cantidades de los fondos públicos.

IV. EL RESPETO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES COMO OBJETIVO PRINCIPAL DE LAS VIGENTES LEGISLACIONES REGULADORAS DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN AMÉRICA LATINA

Una importante característica común a las legislaciones nacionales sobre compras públicas en América latina es su reconocimiento expreso de los principios generales que rigen en la materia y que desarrollan cada vez más una decisiva función interpretativa. Ante la enorme cantidad de normas legales y reglamentarias que en la actualidad regulan los contratos públicos, los principios generales de la contratación pública se presentan como un necesario elemento unificador.

Los principios deben aportar claridad y seguridad jurídica en la aplicación e interpretación del Derecho de los contratos. Están basados en reglas nacionales de naturaleza constitucional y deben ser hoy el fundamento de todo el Derecho público sobre contratos de las Administraciones públicas. Los principios generales de la contratación pública se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias.

En la ley de Panamá n° 22, de 27 de junio de 2006, que regula la Contratación Pública, el artículo 16 recoge los principios generales y señala al efecto que “las actuaciones de quienes intervengan en la contratación pública se desarrollarán con fundamento en los principios de eficiencia, eficacia, transparencia, debido proceso, publicidad, economía y responsabilidad, de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, les serán aplicables las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho, las normas del derecho administrativo y las normas en materia civil y comercial que no sean contrarias a esta Ley”.

La norma panameña recoge en su artículo 21 unas importantes reglas cuando declara que “en la interpretación de las normas sobre contratos públicos, de los procedimientos de selección de contratista, de los casos de excepción de procedimiento de selección de contratista y de las cláusulas

y estipulaciones de los contratos, se tendrán en consideración los intereses públicos, los fines y los principios de esta Ley, así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre las obligaciones y los derechos que caracterizan los contratos conmutativos”.

En el mismo sentido, la Ley 30225 de 2014, de Contrataciones del Estado del Perú, establece que los principios generales de los contratos públicos “sirven de criterio interpretativo e integrador para la aplicación de la presente ley y su reglamento, y como parámetros para la actuación de quienes intervengan en dichas contrataciones”.

La reciente Ley peruana recoge y define de forma amplia los principios generales en su artículo 2 (“principios que rigen las contrataciones”), que hace referencia a los principios de libertad de concurrencia, libre acceso y participación de proveedores, igualdad de trato, transparencia, publicidad, competencia, eficacia y eficiencia, vigencia tecnológica, sostenibilidad ambiental y social, equidad y proporcionalidad.

Por su parte, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador de 2008 prevé en su artículo 4 que “para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional”.

En el artículo 5 de la Ley ecuatoriana también se hace referencia a la función interpretativa de los principios en estos términos: “los procedimientos y los contratos sometidos a esta Ley se interpretarán y ejecutarán conforme los principios referidos en el artículo anterior y tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato”.

La Ley de Compras Eficientes y Transparentes a Través de Medios Electrónicos de Honduras de 2014 dedica su artículo 4 a los principios generales, y así recoge y define los de transparencia y publicación, planificación, eficacia y buen gobierno, mejor valor del dinero, simplificación y economía del proceso.

Otro ejemplo de reconocimiento de los principios generales lo podemos encontrar en el ordenamiento jurídico colombiano, que expresamente consagra el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 (transparencia, economía y responsabilidad) y desarrollan los artículos 24 a 26 de la Ley (junto a una importante jurisprudencia de la Corte Constitucional que los ha interpretado), remitiéndose para el resto de principios al resto del ordenamiento jurídico: singularmente la Constitución Política de Colombia, el Código Civil y el Código Contencioso Administrativo.

Con la reforma introducida por la Ley 1150 de 2007 se buscó garantizar una mayor aplicación de los principios generales de la contratación a sectores de la actividad contractual pública anteriormente no plenamente sometidos, como era el caso de los contratos sometidos por el legislador a las reglas del derecho privado.

La Ley chilena 19886, publicada el 30 de julio de 2003, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, declara en su artículo 1 que “los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación”.

Si bien la norma chilena no enumera los principios generales, sí los reconoce y consagra en cuanto a sus exigencias a lo largo de toda la ley: así lo hace con los principios de igualdad, concurrencia, transparencia, sujeción a las bases y eficiencia.

Como ha declarado la jurisprudencia, uno de los objetos fundamentales de la Ley n° 19.886 consiste en garantizar “la transparencia de las operaciones contractuales de la Administración del Estado, estableciendo procedimientos uniformes y obligatorios que las entidades sujetas a su cumplimiento deben observar en la preparación y celebración de los contratos y el Sistema de Información, al que se debe otorgar gratuito y público acceso” (Dict. n° 12.679/05).

La regla general en materia de contratación administrativa “es la propuesta pública y excepcionalmente la propuesta privada o el trato directo. La necesidad de contratar con un prestador distinto de los que ya se encuentran vinculados contractualmente con el servicio, se puede obtener plenamente a través de un proceso licitatorio público que, inspirado en los principios de transparencia y libre concurrencia, considere las diversas variables que interesan al servicio” (Dict. 45.730/03).

V. LOS NOTABLES AVANCES EN LA UTILIZACIÓN DE MEDIOS ELECTRÓNICOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En la mayoría de los países de América latina ha habido en los últimos años una evolución parecida en cuanto al impulso y la utilización de los medios electrónicos en la contratación pública¹⁶, encontrándose en la

16. Con el objetivo general de aproximar los Gobiernos y sus respectivas Administraciones a los ciudadanos al facilitar la comunicación y relación con los mismos por medios electrónicos e incrementar la calidad de los servicios y productos

actualidad con un sistema muy bien desarrollado en cuanto a la difusión de información (fase informativa del sistema) pero con menos logros en cuanto al módulo transaccional, que permita desarrollar los procedimientos de contratación de forma totalmente “on line”. En este punto falta todavía mucho por desarrollar en casi todos los países.

Los portales públicos de compras centralizan la información sobre la contratación del sector público y en ellos las entidades están obligadas a publicar tanto sus convocatorias de procesos como otra mucha información relevante. Esta información publicada en los portales públicos en general asegura de modo adecuado la transparencia de los procesos de contratación. Se trata además de unos puntos únicos de acceso gratuito.

Deben destacarse en este sentido el portal del gobierno chileno (“ChileCompra”), uno de los pioneros en compras públicas electrónicas no sólo a nivel de la región sino en el panorama internacional, y los de Argentina (“Argentina Compra”), Brasil (“ComprasNet”), Colombia (“Colombia Compra Eficiente”), Costa Rica (“CompraRed”), Ecuador (...INCOP), El Salvador (“CompraSal”), Guatemala (“Guatecompras”), Honduras (“HondurCompras”), México (“CompraNet”), Panamá (“PanamaCompra”), Perú (Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado –SEACE–) y República Dominicana (“ComprasDominicana”) ¹⁷.

En una fase de desarrollo del sistema electrónico se encuentran en la actualidad Bolivia (“Sistema de Contrataciones Estatales” –SICOES–), Nicaragua (“Nicaragua Compra”) y Paraguay (Sistema de Información de las Contrataciones Públicas en la web <https://www.contrataciones.gov.py>, fecha de consulta 24 de noviembre de 2014).

Menos desarrollados se encuentran los portales públicos de Uruguay (Agencia de Compras y Contrataciones del Estado en la web <http://www.comprasestatales.gub.uy>, fecha de consulta 24 de noviembre de 2014) y Venezuela (Servicio Nacional de Contrataciones, dirección <http://www.snc.gob.ve>, fecha de consulta 24 de noviembre de 2014).

públicos que el Estado tiene que suministrar a los ciudadanos al mejorar la eficiencia, la eficacia y una mayor transparencia de la gestión pública, como destacada la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico adoptada por la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (Santiago de Chile, 10 de noviembre de 2007; Resolución n° 18 de la Declaración de Santiago).

17. Véase el análisis comparativo de todos estos portales en CEPAL, “Panorama de la gestión pública 2013”, Documento de referencia DDR/2, 14 de noviembre de 2013, pp. 10 y ss., disponible en http://www.cepal.org/crp-ilpes/noticias/documentos-detrabajo/7/51577/2013-986_CRP.14_DDR.2_Sintesis_Panorama_Gestion_Publica.pdf, fecha de consulta 13 de noviembre de 2014.

Entre la reciente legislación en materia de contratación electrónica puede destacarse la Ley de compras eficientes y transparentes a través de medios electrónicos de Honduras, aprobada por medio del Decreto 36, de 21 de marzo de 2013), que regula las compras de bienes o servicios por catálogo electrónico, que comprende como modalidades el convenio marco, compra conjunta, y subasta inversa, que celebren los órganos de la Administración pública centralizada y descentralizada.

Por su parte, la Ley del Perú n° 30225 de Contrataciones del Estado, de 8 de julio de 2014, regula el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) como sistema electrónico que permite el intercambio de información y difusión sobre las contrataciones del Estado, así como la realización de transacciones electrónicas y prevé en su artículo 49 que los actos realizados por medio del mismo poseen la misma validez y eficacia que los actos realizados por medios manuales, pudiéndolos sustituir para todos los efectos legales.

El artículo 48 de la Ley peruana establece la obligatoriedad de utilización del SEACE por parte de las entidades públicas en las contrataciones que realicen, independientemente que se sujeten al ámbito de aplicación de la norma, su cuantía o fuente de financiamiento, conforme a la directiva que dicte el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) para tal efecto. Los procedimientos de subasta inversa y comparación de precios se realizan obligatoriamente en forma electrónica a través del SEACE.

En relación con la definición legal de las plataformas públicas de contratación, la Ley mexicana de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, de 4 de enero de 2000, señala en su artículo 2 que CompraNet es “el sistema electrónico de información pública gubernamental sobre adquisiciones, arrendamientos y servicios, integrado entre otra información, por los programas anuales en la materia, de las dependencias y entidades; el registro único de proveedores; el padrón de testigos sociales; el registro de proveedores sancionados; las convocatorias a la licitación y sus modificaciones; las invitaciones a cuando menos tres personas; las actas de las juntas de aclaraciones, del acto de presentación y apertura de proposiciones y de fallo; los testimonios de los testigos sociales; los datos de los contratos y los convenios modificatorios; las adjudicaciones directas; las resoluciones de la instancia de inconformidad que hayan causado estado, y las notificaciones y avisos correspondientes. Dicho sistema será de consulta gratuita y constituirá un medio por el cual se desarrollarán procedimientos de contratación”.

El sistema está a cargo de la Secretaría de la Función Pública y la Ley pretende garantizar la inalterabilidad y conservación de la información que contenga.

La nueva Directiva europea 2014/24/UE obliga a las legislaciones portuguesa y española a garantizar “que todas las comunicaciones y todos los intercambios de información en virtud de la presente Directiva, y en particular la presentación electrónica de ofertas, se lleven a cabo utilizando medios de comunicación de conformidad con los requisitos establecidos en el presente artículo” (artículo 22.1).

Como destaca el Libro Verde de la Comisión Europea sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE (SEC 2010, 1214), Portugal fue el primer país de la Unión Europea que apostó por 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 nº 18/2008, de 29 de enero, que aprobó el «Código dos Contratos Públicos» (Código de los Contratos Públicos, en adelante, CCP)¹⁸.

En el Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la Unión Europea (Comisión Europea, SEC 2010, 1214), 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

18. El CCP tuvo una intención codificadora y vino a agrupar en un único texto legal todas las disposiciones relativas a las fases preparatorias y ejecutorias de los contratos públicos que anteriormente se encontraban dispersas en diversas normas. De esta forma, el CCP traspuso tanto la Directiva 2004/18/CE, sobre contratos del sector público, como la Directiva 2004/17/CE, sobre contratos en los denominados sectores especiales (agua, energía, transportes y servicios postales), corrigiendo la limitada e incompleta trasposición de las citadas directivas comunitarias realizada por las normas anteriores, que dio lugar a las Sentencias condenatorias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) contra la República portuguesa de 18 de diciembre de 2007, Comisión/Portugal, Asunto C-284/07, y de 3 de abril de 2008, Comisión/Portugal, Asunto C-289/07.

máximo el potencial que puede obtenerse a partir de recursos limitados); y 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).

La contratación electrónica salva las deficiencias en materia de información y fomenta una mayor participación, mediante el incremento del número de posibles proveedores.

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 económicos¹⁹. 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. 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 sistema. La experiencia ha demostrado que dichas inversiones pueden recuperarse en un plazo muy corto a través de las economías realizadas por la Administración.

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 sistemas²⁰.

19. Véase PUERTA SEGUIDO, F., "La naturaleza jurídica y el ámbito objetivo y subjetivo de la subasta electrónica en la nueva Directiva general de la contratación pública", *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n° 132 (2014), pp. 39-46 y PUNZÓN MORALEDA y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, "Reflexiones en torno al documento electrónico y la firma electrónica", *Diario La Ley*, n° 6985-6987 (2008).

20. Véase PINTOS SANTIAGO, J., "Inmediatez y régimen transitorio de la implantación obligatoria de la contratación pública electrónica en las nuevas Directivas sobre contratación pública", *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n° 129 (2014), pp. 56-65.

La plena implantación de la contratación pública electrónica se enfrenta pues a notables retos en América latina.

VI. LA PARTICIPACIÓN EN ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO CON CAPÍTULOS SOBRE COMPRAS PÚBLICAS

Como hemos podido comprobar a lo largo del presente trabajo, en los sistemas jurídicos iberoamericanos de las compras públicas se puede apreciar su similar desarrollo y cuestiones abordadas, que sin duda ponen de manifiesto la tendencia hacia la formación de un derecho común en la materia²¹.

Los contratos públicos han sido objeto en los últimos años tanto de importante legislación y acuerdos internacionales, como de jurisprudencia de órganos con jurisdicción internacional que han fijado principios generales, y de actuaciones administrativas, entre otras, de solución de controversias entre Estados u otras partes en disputa²².

En este sentido, pueden destacarse tanto el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la Ley Modelo de Naciones Unidas (cuyo texto aprobado en 2011 sustituyó al de 1994), así como las normas en la materia aprobadas por el Banco Mundial²³ y la OCDE²⁴.

El ACP fue firmado el 15 de abril de 1994, al mismo tiempo que el Acuerdo por el que se establece la OMC, y entró en vigor el 1 de enero de 1996.

21. MORENO MOLINA, J. A., *Derecho global de la contratación pública*, Ed. UBIJUS y Foro mundial de jóvenes administrativistas, México D. F. (México), 2011 y PINTOS SANTIAGO, J., "El surgimiento inadvertido de un Derecho global de los contratos públicos como ámbito de formación y consolidación del Derecho administrativo global", *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n° 128 (2013), pp. 66-69.
22. Todos ellos elementos caracterizadores de la "gobernanza global", véase STEWART, R. B., "U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?", *68 Law and Contemporary Problems*, 15 (Summer/Autumn 2005).
23. Las Normas de Procedimiento del Banco Mundial BP 11.00, se pueden encontrar en <http://siteresources.worldbank.org/INTPROCURINSPA/Resources/bp1100Spanish.pdf>, fecha de consulta 18 de febrero de 2014.
24. En relación con la contratación pública, la OCDE se ha preocupado sobre todo de desarrollar instrumentos para combatir la corrupción y fomentar la integridad en el sector público. El sitio Web de la Unidad de Lucha contra la corrupción de la OCDE es www.oecd.org/daf/nocorruption/ (fecha de consulta 18 de marzo de 2014).
Para una visión general del desarrollo de este derecho internacional de la contratación pública puede acudir a AAVV, "Overview of the Current Work of Key International Institutions in the Field of Public Procurement", *Public Procurement Law Review*, n° 6, 2006, páginas NA 161 a 204.

El objetivo del ACP es establecer un marco multilateral de derechos y obligaciones equilibrados en materia de contratación pública, con miras a conseguir la liberalización y la expansión del comercio mundial. De esta forma, establece una serie de derechos y obligaciones entre sus Partes con respecto a sus respectivas leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas nacionales en la esfera de dicha contratación.

El proceso para la revisión del ACP ha tenido dos importantes hitos, al llegarse a un primer Acuerdo en 2006 y culminar las negociaciones el 15 de diciembre de 2011. La Decisión sobre los resultados de las negociaciones celebradas de conformidad con el párrafo 7 del artículo XXIV del ACP, se adoptó formalmente el 30 de marzo de 2012²⁵.

La nueva versión del ACP ha modificado tanto el Preámbulo, como los artículos I a XXIV y los Apéndices del Acuerdo de 1994²⁶.

Los principales objetivos de la renegociación del ACP han sido mejorar y actualizar el Acuerdo, a la luz, entre otras cosas, de la evolución de la tecnología de la información y los métodos de contratación; ampliar el ámbito de aplicación del Acuerdo; y eliminar las medidas discriminatorias que seguían aplicándose²⁷.

Salvo España y Portugal, ningún otro país de Iberoamérica ha suscrito el ACP²⁸.

Pero los países latinoamericanos han suscrito entre sí o con terceros países numerosos tratados de libre comercio que incluyen capítulos de compras públicas.

En este sentido, pueden destacarse las disposiciones sobre contratación pública del Tratado de Libre Comercio suscrito entre México, los Estados Unidos de América y Canadá (TLCAN), el Acuerdo de Promociones

25. Véase la página oficial de la OMC, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/negotiations_s.htm, fecha de consulta 20 de marzo de 2014.

Sobre el proceso de renovación del acuerdo sobre contratación pública de la OMC véase ANDERSON, R. D., "Renewing the WTO Agreement on Government Procurement: Progress to Date and Ongoing Negotiations", *Public Procurement Law Review*, Issue 4 (2007).

26. ARROWSMITH, S. y ANDERSON, R. D., *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge University Press, 2011.

27. Sobre la renovación del acuerdo sobre contratación pública de la OMC véase ANDERSON, R. D., "Renewing the WTO Agreement on Government Procurement: Progress to Date and Ongoing Negotiations", *Public Procurement Law Review*, Issue 4 (2007).

28. Argentina, Chile, Colombia y Panamá participan en el ACP en calidad de observadores.

Comerciales entre Estados Unidos y Colombia y el Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos, el Tratado Chile-EEUU, el de Panamá con EEUU, así como el Tratado de Libre Comercio de Centroamérica y República Dominicana con Estados Unidos.

Otros instrumentos que cuentan con reglas sobre compras públicas son los acuerdos entre Centroamérica y Chile, México, República Dominicana y Panamá; los TLC Chile-México, Chile-Colombia, México-Colombia; los Tratados entre Chile y México con la Unión Europea y el Acuerdo de Asociación entre Centroamérica y la UE²⁹.

Existe también un protocolo de contrataciones públicas del MERCOSUR y unas reglas sobre contratos de servicios en la Comunidad Andina³⁰.

También merece destacarse la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG), integrada por las instituciones gubernamentales de los países del continente americano, a excepción de Cuba, que es un mecanismo de cooperación técnica regional que cuenta con el apoyo de organismo como la Organización de los Estados Americanos (OEA) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

La RICG celebra anualmente una Conferencia en la que participan representantes del sector público, privado y académico del ámbito nacional e internacional, así como de expertos reconocidos en el área de las compras públicas. La IX Conferencia anual se celebró en la Ciudad de Montevideo en 2013 y la X en Asunción en 2014³¹.

Desde la vertiente académica se creó en 2014 la Red Iberoamericana de Contratación Pública, dirigida por el profesor Jaime Rodríguez Arana, Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y cuya web es <http://www.redicop.com/> (fecha de consulta 15 de enero de 2015).

29. Véase SELA, *Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina...*, doc. cit., pp. 22 y ss.

30. Para el análisis de otros acuerdos internacionales en contratación pública resulta de interés acudir al documento elaborado por las secretarías de ALADI, COMUNIDAD ANDINA Y MERCOSUR en cumplimiento de los mandatos de la I Reunión de Jefes de Estado de la Comunidad Sudamericana de Naciones (Documento ALADI/MERCOSUR/CAN/15/2006, que puede consultarse en la dirección www.mercosur.int/msweb/SM/Documento%20Conjunto/Convergencia13-%20Compras%20del%20sector%20publico.pdf, fecha de consulta 4 de febrero de 2014).

31. Véase la página web de la Red: www.ricg.org (fecha de consulta 20 de noviembre de 2014).



Anexo
**Pautas de actuación adoptadas en la reunión de
coordinación de Tribunales Administrativos de Recursos
Contractuales**
Zaragoza, 12 de junio de 2014

Asistentes:

- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. El presidente, Juan José Pardo García-Valdecasas.
- Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. La presidenta, Elena Hernández Salguero y el vocal, Juan Martínez Martínez.
- Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco. El presidente, José Antonio Ausín y los asesores jurídicos, Javier Serrano Chamizo y Begoña Arroitauregi Jaio.
- Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. La presidenta, María José Santiago Fernández.
- Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público. El presidente, Juan Antonio Gallo Sallent.
- Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, el letrado secretario Luis Gracia Romero y los letrados.
- Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra. El presidente, Javier Martínez Eslava y la vocal Sagrario Melón Vital.
- Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. El presidente, José María Gimeno Feliú, los vocales Jesús Colás Tenas y Miguel Ángel Gil Condón, y la secretaria, Ana Isabel Beltrán Gómez.

Cuestiones planteadas en el orden del día de la reunión:

1. IMPUGNACIÓN DE MODIFICADOS DESPUÉS DE LA SENTENCIA TJUE DE 8 DE MAYO

De *lege ferenda* la cuestión ya está resuelta. La subcontratación también va a ser recurrible.

Se acuerda promover que, sin esperar a la nueva Ley de Contratos del Sector Público, en otro texto normativo se incluya la posibilidad de recurrir tanto los modificados previstos como los no previstos (en la actualidad excluidos del recurso especial en el artículo 40.2 TRLCSP), con justificación en la jurisprudencia del TJUE.

El presidente del Tribunal de Navarra informa que se está tramitando una modificación de la ley Foral para permitir los recursos (allí denominados «reclamaciones») a las modificaciones contractuales, previstas en el condicionado o no. La legitimación será exclusivamente de los licitadores admitidos. El objeto de la reclamación serán las modificaciones realizadas infringiendo las previsiones de la ley foral de contratos y que supongan, o puedan suponer, una adjudicación ilegal de un contrato público. En el año 2013, siguiendo el modelo de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, se estableció la posibilidad de recurso ante modificaciones contractuales. A fin de resolver las dudas interpretativas que pueden surgir, la reforma aclara que es posible la interposición de recurso especial (reclamación en materia de contratación).

En todo caso se recuerda que todas las cláusulas de los pliegos son impugnables. Si los modificados están previstos en los Pliegos, serán susceptibles de recurso especial.

En caso de disfunción entre el Consejo Consultivo y el Tribunal administrativo tendría carácter preferente la tramitación del recurso.

2. LA CUESTIÓN DE LA PUBLICIDAD EN LA PLATAFORMA DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO EN LA LEY DE UNIDAD DE MERCADO Y SUS CONSECUENCIAS

Se debate si la no publicación de una licitación en la Plataforma de Contratos del Sector Público constituye una irregularidad no invalidante o conlleva nulidad, por tratarse del incumplimiento de una obligación legal.

A favor de la irregularidad se argumenta que las causas de nulidad deben ser tasadas. Así lo entendió el legislador de la ley de emprendedo-

res, en relación con la prohibición de discriminación a favor de contratistas previos en los procedimientos de contratación pública (artículo 45 de la ley), que modificó el artículo 32 TRLCSP. Por ello, la no publicación de la convocatoria y resultados en la Plataforma, no puede conllevar la invalidez del procedimiento. Es necesario que el TRLCSP se adapte al contenido de la disposición adicional tercera de la Ley 20/2013, pero no limitándose a modificar el artículo 334 del TRLCSP, sino el sistema en sí de funcionamiento y efectos del Perfil de contratante, comenzando por el artículo 53 TRLCSP.

El Presidente del TACRC plantea una cuestión práctica: en todo caso, cuando hay publicidad «notoria» (por ejemplo en DOUE) la omisión en la Plataforma es de menor entidad, el problema surge cuando la licitación solo se publica en el Perfil de contratante.

Los asistentes concluyen que la cuestión requiere más reflexión y una interpretación prudente, la falta absoluta de publicidad de la Ley conlleva nulidad, pero hay varias posibilidades a atender caso a caso.

3. LA IMPUGNACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES

La práctica demuestra que se continúan calificando incorrectamente los contratos, aunque poco a poco se van asumiendo los cambios legislativos, que implican la mayor utilización del contrato de servicios frente al carácter residual del contrato administrativo especial, y un uso de la figura del contrato de gestión de servicios públicos supeditado a la asunción del riesgo de explotación por el adjudicatario. Que el objeto prestacional ya no es definitorio en la calificación jurídica del contrato: dependerá de cómo se configure el régimen de obligaciones y condiciones de ejecución en el PCAP y PPT.

Se analizó el Acuerdo 13/2014, de 4 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en el que el Tribunal admite un recurso especial frente a la licitación de un contrato calificado como contrato administrativo especial, pero con objeto de contrato de servicios –en concreto «Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos» de la categoría 26 del Anexo II del TRLCSP– cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros. Y ello porque *«la consideración como contrato administrativo especial no impide, por si –en tanto “especialidad” de normativa nacional– que pueda existir recurso especial o cuestión de nulidad, pues a estos efectos debe primar la tipificación de la prestación conforme al Derecho de la Unión europea. Y*

la prestación recurrida, por su objeto, sí se encontraría sometida a la competencia de este Tribunal administrativo, pues otra interpretación sería contraria al efecto útil de los recursos especiales en materia de contratación habilitando una puerta de escape al control, contraria al propio fundamento del sistema».

Se debate si una vez publicada la nueva Directiva de concesiones el recurso especial se extiende sin las limitaciones actuales del artículo 40 TRLCSP.

El presidente del TACRC coincide con la extensión de la Directiva de recursos, pero superar el doble requisito de la letra c) del artículo 40.1 TRLCSP lo ve complicado hasta que no trascurra el plazo de transposición. Por su parte, el Presidente del Tribunal de Aragón entiende que el contrato administrativo especial es siempre residual, y a efectos de recurso especial deberá considerarse siempre como servicios. En todo caso, el control se realizará por el Tribunal, y en cuanto al valor estimado del contrato deberá estarse al volumen real del negocio (Acuerdo 33/2014, del TACPA).

4. LAS DIVERGENCIAS EN LA INTEGRACIÓN DE LA SOLVENCIA CON MEDIOS EXTERNOS (ACUERDO 43/2013 TARCJA, 117/2012 TACRC Y ACUERDO 11/2012 TACPA)

Se analiza la divergencia de estos Acuerdos en cuanto a la posibilidad de integrar la solvencia económica en su totalidad. Se recuerda que el Acuerdo 117/2012 del TACRC se trataba de un caso muy especial y limitado (Sociedad recién constituida). La Presidenta del Tribunal de la Comunidad de Madrid señala que capacidad y habilitación sí requieren ese mínimo, pero en solvencia no está claro donde situar el mínimo, ni donde está el encaje legal, pues ni las Directivas ni la Jurisprudencia establecen los límites. La ley exige que se acredite la «*disposición efectiva de los medios*». El medio de acreditación puede ser «personalísimo», pero no la solvencia que se integra.

5. CRITERIOS A TENER EN CUENTA PARA ESTIMAR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS QUE SOLICITAN LOS RECURRENTES

El daño hay que probarlo, cuantificarlo etc. si no, no es posible. El Presidente del Tribunal de Aragón recuerda la Sentencia del TJUE en el Asunto Limusines.

Admitir minutas de abogados, informes periciales, coste de la preparación de la oferta etc. implica abrir un «portillo» contrario al efecto de

rapidez del recurso. En Cataluña se pide el retorno de la tasa. En la Comunidad de Madrid los daños y perjuicios a la Administración se están incluyendo en el importe de la multa; en el TACRC también.

6. VALOR ESTIMANDO EN LOS CONTRATOS MIXTOS

Hay que estar al valor estimado del conjunto de prestaciones, ya que existe un solo contrato.

7. NECESIDAD REPLANTEAMIENTO INCIDENCIA CONVENIO COLECTIVO EN LOS PLIEGOS. SUPERACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA JCCA

En un primer momento hay que tener en cuenta los costes laborales para conocer de la adecuación del precio de licitación al precio de mercado. En un segundo momento, en la presentación de la oferta y su posible anomalía. Y en un tercer momento, en la comparación de una oferta con las otras. Artículo 18.2 de la Directiva.

Ello no supone que en algunos Pliegos se incluyan inadecuadamente condiciones de ejecución (por ejemplo regulación del derecho de huelga).

8. RETROACCIÓN VS. ANULACIÓN. RECONVENCIÓN

Se analiza el problema retroacción vs anulación del procedimiento en el caso de estimación de recurso contra la exclusión de licitador en el sobre 2, cuando ya se han abierto los sobres de la oferta económica. La mayoría de Tribunales tienden a la retroacción, el TACRC está intentado reconducir los casos de nulidad, pero no hay una única solución.

El trámite de alegaciones no es adecuado para articular pretensiones no contempladas en el texto del recurso, como si se tratara de reconvencción. Y ello, ni aún en el supuesto de que se encuentren íntimamente ligadas a su objeto, pues de hacerlo supondría la admisión de un nuevo recurso, interpuesto esta vez por el adjudicatario, sin observar el plazo que para su interposición establece el artículo 44 del TRLCSP.

