

Nº 20
Cuarto trimestre 2019

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 20. Diciembre 2019

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gablex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

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.

DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Doctor en Derecho y Abogado-Consultor especialista en contratación pública.

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.

Secretaria de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director Académico de Internacionalización de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria.

Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción 11

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

ACCESO A INFORMACIÓN CONFIDENCIAL Y SECRETOS
COMERCIALES. ESPECIAL REFERENCIA A LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA.

D^a Concepción Campos Acuña 19

LA TRIBUTACIÓN EN EL IMPUESTO DE TRANSMISIONES
PATRIMONIALES ONEROSAS POR LA ADQUISICIÓN DE
ORO U OTROS OBJETOS PRECIOSOS POR PARTE DE LAS
EMPRESAS O PROFESIONALES DE "COMPRO ORO" A LOS
PARTICULARES: EXIGIBILIDAD O INEXIGIBILIDAD.

D. Víctor Ernesto Alonso Prada y D. Leopoldo Javier
Gómez Zamora..... 51

EL PROCEDIMIENTO DEL RECURSO ESPECIAL Y SUS
CONSECUENCIAS.

D. José Enrique Candela Talavero 101

LOS CONTRATOS "PÚBLICOS" ARTÍSTICOS EN LAS
ARTES ESCÉNICAS.

D^a Nuria Mombiola 181



**SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA E INTEGRIDAD

D^a Sonia Sena Prieto 237

PREMIOS REVISTA GABILEX 285

BASES DE PUBLICACIÓN..... 295

EDITORIAL

Con este número de la Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (Gabilex) se concluye un año y se da comienzo a un nuevo periodo de trabajo y esfuerzo para promover el estudio y la difusión del Derecho. La Dirección, el Consejo de Redacción y todos los que hacen posible que se publique un nuevo número deseamos que esta aportación resulte útil y provechosa por lo que nos complace presentar el número vigésimo de la revista Gabilex.

En la sección nacional de este número se incluyen cuatro artículos doctrinales que se suman a un trabajo de la sección internacional, consideramos que todos ellos revisten el máximo interés:

En primer lugar, debe destacarse el trabajo de Dña. Concepción Campos Acuña que bajo el sugerente título de *"Acceso a información confidencial y secretos comerciales. Especial referencia a la contratación pública"* se adentra en los vericuetos del acceso a la información tratando con acierto antecedentes, regulación actual y sus límites en la contratación pública, considerando la relevancia de los principios de publicidad y transparencia.



Como segundo trabajo publicado se incluye en este número una interesante y curiosa reflexión sobre un aspecto muy concreto de la tributación: *“La tributación en el impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas por la adquisición de oro u otros objetos preciosos por parte de las empresas o profesionales de “compro oro” a los particulares: exigibilidad o inexigibilidad”*. Nuestros compañeros D. Victor E. Alonso Prada y D. Leopoldo J. Gómez Zamora analizan aquí si debe exigirse o no el impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas a las empresas o profesionales popularmente conocidos como de “compro oro” por las adquisiciones de determinados materiales de joyería o metales preciosos de particulares. Aunque la lógica señala que los poderes públicos no desean que dicha transmisión escape a la tributación, existían diversas resoluciones judiciales que se orientaban en sentido contrario. El trabajo expone la cuestión y antecedentes de manera amplia para finalizar la exposición explicando la solución jurisprudencial dada por la reciente sentencia nº 1749/2019 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2019 que zanja la cuestión de una forma coincidente con la opinión de los autores.

En tercer lugar, regresamos a la contratación pública, de la mano de un trabajo presentado por D. José Enrique Candela Talavero que trata diversos aspectos del recurso especial en materia de contratación pública y más concretamente analiza las fases procedimentales del recurso especial en materia de contratación pública, que como el propio autor afirma en sus conclusiones

persiguen la rapidez y eficacia de este mecanismo que hace efectivo el principio de la seguridad jurídica, la confianza de los licitadores y la reducción de la litigiosidad en sede de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre este sector contractual. El artículo se titula “El procedimiento del recurso especial y sus consecuencias”.

En cuarto lugar, sin abandonar los aspectos de la contratación pública, D^a Nuria Mombiola Lobato, analiza el impacto de la Ley de Contratos del Sector Público en aquellos sectores donde no se gestionan habitualmente procedimientos administrativos, concretamente cómo se puede aplicar esta nueva legislación en el sector artístico, especialmente en las artes escénicas.

En la sección internacional de la revista Gabilex se publica el trabajo de D^a. Sonia Sena Prieto. La autora realiza un interesante estudio analizando, comparando y determinando la existencia de diferencias o similitudes en la consagración de los principios de transparencia e integridad en la contratación pública, tanto en el ordenamiento español como en el uruguayo, teniendo en cuenta las realidades diferentes que presenta cada uno.

Todos los trabajos integran interesantes reflexiones que esperamos que el lector disfrute.

Desde este editorial también queremos mencionar la novedosa iniciativa que está desarrollando la revista Gabilex en colaboración con el Consejo Superior de Letrados y Abogados de Comunidades Autónomas y el



Banco Santander, convocando los primeros Premios Gabilex en dos categorías: “Categoría General” y “Categoría Másteres, TFG y similares”. Las bases de estos premios se publican en este número, así como en la página web. Desde la Revista Gabilex deseamos la máxima difusión, participación y calidad de los trabajos que finalmente resulten premiados. Desde Gabilex queremos invitaros a darle a la convocatoria de estos premios la máxima publicidad y difusión posible y a participar en las distintas categorías.

No podemos dejar de mencionar en este editorial el evento jurídico del que la propia revista ha sido partícipe en colaboración con el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. La revista Gabilex quiere hacerse eco de la jornada de formación celebrada el pasado día 12 de diciembre de 2019 en Albacete y organizada por el Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en colaboración con el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Se concibió como jornada de encuentro y reflexión entre Magistrados/as del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha y Letrados/as del Gabinete Jurídico. En dicha jornada intervinieron como ponentes: la Presidenta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, la Ilma Sra. D^a Raquel Iranzo Prades, que trató con brillantez diversos aspectos de la actualidad tributaria, la prejudicialidad penal, la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la suspensión cautelar; también intervino la Presidenta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La

Mancha, Ilma, Sra. D^a Luisa María Gómez Garrido, con una magnífica ponencia que con el título "*Modelo de división de poderes y diseños institucionales*" expuso muchos aspectos y propuestas sobre el modelo jurídico-político, pasando por principios fundamentales del Derecho y elementos de la Filosofía del Derecho, demostrando una magnífica oratoria y extensos conocimientos académicos y prácticos.

La jornada fue inaugurada por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, el Excmo Sr. D. Vicente Rouco Rodríguez, y por la Directora de los servicios jurídicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, D^a María Belén López Donaire.

Por último, desde el Consejo de Redacción les deseamos un próspero año 2020 y, como siempre, les invitamos a disfrutar de la lectura de este número.

El Consejo de Redacción

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

ACCESO A INFORMACIÓN CONFIDENCIAL Y SECRETOS COMERCIALES. ESPECIAL REFERENCIA A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Concepción Campos Acuña

Doctora en Derecho y Secretaria de Administración
Local

SUMARIO:

- 1.- EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN: SUS MÚLTIPLES ROPAJES
- 2.- EL ACCESO A LA INFORMACIÓN CONTRACTUAL
 - 2.1.- Antecedentes y gestación de la configuración actual del derecho de acceso a la información contractual
 - 2.2.- La conformación del derecho de acceso en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público
- 3.- LÍMITES AL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: EL CRITERIO 1/2019 DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA, PERJUICIO PARA LOS INTERESES ECONÓMICOS Y COMERCIALES
 - 3.1.- La interrelación de los límites en transparencia y contratos: su reflejo normativo
 - 3.2.- El Criterio 1/2019 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno
- 4.- LA RELEVANCIA DE LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN
 - 4.1.- La proyección de la transparencia en la contratación
 - 4.2.- Un breve apunte sobre las vías de reclamación contra la denegación del acceso



- 5.-CONCLUSIONES: INTERACCIÓN NORMATIVA
TRANSPARENCIA/CONTRATACIÓN
6.- BIBLIOGRAFÍA

1.- EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN: SUS MÚLTIPLES ROPAJES

El derecho de acceso a la información pública se configura como un derecho clave para la transparencia en la gestión pública y la rendición de cuentas (accountability), que en el espacio europeo se materializa en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que reconoce el derecho de toda persona a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente, incluyendo el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial.

Ese derecho se introduce en nuestro ordenamiento jurídico a través de la normativa en materia de procedimiento administrativo, la Ley 30/1992, de 28 de noviembre, de Procedimiento Administrativo Común y de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJPAC). Pero seguía faltando un reconocimiento específico de este derecho en el plano de la transparencia y el buen gobierno que llegó con la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTBG), que distinguía entre dos planos de transparencia, la publicidad activa y la publicidad pasiva.

Es en este ámbito, el de la publicidad pasiva, donde los artículos 12 y siguientes LTBG regulan, con carácter básico el régimen del derecho de acceso a la información

pública, arraigando este derecho en el artículo 105.b) de la Constitución (CE), en el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, provocando numerosas críticas doctrinales por no reconocer a este derecho su carácter fundamental en el artículo 20 CE. Conforme al mismo se entenderá por información pública los contenidos o documentos, que obren en poder de los citados entes, organismos y entidades, y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones, salvo que, de modo justificado y proporcionado, el acceso a la misma se encuentre limitado, generalmente en materia de contratación pública, por alguna causa material que habilita la implantación del procedimiento negociado sin publicidad por suponer un perjuicio a la seguridad nacional, a la defensa, o a la seguridad pública, o por exigir del órgano de contratación el mantenimiento del deber de confidencialidad a instancia del licitador cuando se encontraran implicados el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial de éste.

Señala la LTBG en su Exposición de Motivos que “Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos”, acción pública que se materializa en múltiples ámbitos de gestión. Por ello, tanto el régimen jurídico de la publicidad activa como de la publicidad pasiva previsto en la LTBG interactúa con otras normas sectoriales, entre las que destaca la relativa a la contratación, por el gran impacto en términos de gestión económica (entre un 15



y un 20% del PIB), como por la calidad de los servicios públicos.

A efectos de dimensionar el alcance del derecho de acceso a la información pública en materia contractual y su ejercicio en el marco de los límites legalmente aplicables, examinaremos la configuración de este derecho en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), los límites que pueden afectar a su eficacia práctica, tanto en la normativa sobre transparencia como sobre contratos, analizando el reciente Criterio 1/2019 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, relativo al perjuicio para los intereses económicos y comerciales. En particular, examinaremos la dimensión del límite de la confidencialidad en su posible utilización como obstáculo estratégico en la contratación y cómo resolver la contraposición con el derecho a la transparencia.

2.- EL ACCESO A LA INFORMACIÓN CONTRACTUAL

2.1.- Antecedentes y gestación de la configuración actual del derecho de acceso a la información contractual

En las primeras Directivas comunitarias en materia de contratación pública no se recogían referencias al término confidencialidad; aunque sí se preocupaba de garantizar la transparencia, al establecer que *"están prohibidas las restricciones a la libre circulación de mercancías y es necesario completar dicha prohibición con la garantía de transparencia que permita controlar la*

observancia de la prohibición de restringir la libre circulación".¹

Por su parte, en el modelo de 2004, la Directiva 2004/17/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales incorporaba ya la precisión de que: *"las entidades adjudicadoras podrán imponer requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que comuniquen"*².

Pero será ya en los textos de cuarta generación, en la Directiva 2014/24 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, cuando se aborda concepto de confidencialidad en el artículo 2: *"1. Salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva o en el Derecho nacional a que esté sujeto el poder adjudicador, en particular la legislación relativa al acceso a la información, y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores establecidas en los artículos 50 y 55, el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los*

¹ Considerando segundo de la Directiva 77/62/CEE, de 21 de Diciembre de 1976, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros.

² Prevención que debía completarse con la de que a la vez la norma determina: *"sin perjuicio de las disposiciones de la presente Directiva, la entidad adjudicadora no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que éstos hayan designado como confidencial. Dicha información incluye los aspectos confidenciales de las ofertas. Todo esto sin perjuicio de las disposiciones de la presente Directiva en particular las relativas a la obligación en materia de publicidad de los contratos"*.



operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas. 2. Los poderes adjudicadores podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores".

En nuestro ordenamiento, 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 (TRLCSPP), incorporaba dichas prescripciones en su articulado, señaladamente en el artículo 140 TRLCSPP relativo a la confidencialidad, cuando disponía, por una parte, que, sin perjuicio de las disposiciones de la Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas.

Y, por otra parte, imponía al contratista el respeto al carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor. A su vez, los artículos 153 y 154 del TRLCSPP vienen a establecer la posibilidad de que el órgano de contratación pueda decidir motivadamente no difundir determinados datos de un contrato.

2.2.- La conformación del derecho de acceso en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público

La LCSP formula en su Exposición de Motivos toda una declaración de intenciones al declarar que uno de sus objetivos principales es conseguir una “mayor transparencia” de la contratación, consagrando en su artículo 1 entre los principios rectores de la contratación pública a los de publicidad y transparencia. Principios que se manifiestan a lo largo de su articulado en diversos aspectos, destacando en una similitud con la LTBG la publicidad activa a través del perfil de contratante, artículo 63 y la regulación que examinaremos en relación con el ejercicio del derecho de acceso a la información.

No abordaremos en este trabajo, por no formar parte del mismo, el alcance de la publicidad en el perfil del contratante, limitándonos a señalar el incremento de publicidad que se ha producido no sólo en relación con la regulación anterior, el TRLCSP, sino incluso con el régimen de transparencia contractual de la LTBG³. De hecho, la interacción entre ambos cuerpos normativos se advierte ya en el artículo 346.5 de la LCSP, que remite a la aplicación de la LTBG para la resolución del acceso a los datos que no hayan sido previamente publicados de modo telemático y a través de internet y que obren en

³ En cuyo artículo 8.1, apartado a) recoge la obligación de publicidad activa de *“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.”*



el Registro de Contratos del Sector Público, con las limitaciones que imponen las normas sobre protección de datos de carácter personal y la confidencialidad o la precisión del artículo 157.4 LCSP que permite que no se publiquen determinados datos relativos a la celebración del contrato, previo informe del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno⁴.

De este modo, el ordenamiento jurídico distingue entre obligaciones de publicidad activa y de publicidad pasiva. En el primer caso, se trata de aquella información que

⁴ Según dicho precepto: *“Podrán no publicarse determinados datos relativos a la celebración del contrato cuando se considere, justificándose debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en la letra c) del apartado 2 del artículo 19. En todo caso, previa la decisión de no publicar unos determinados datos relativos a la celebración del contrato, los órganos de contratación deberán solicitar la emisión de informe por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno a que se refiere la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en el que se aprecie si el derecho de acceso a la información pública prevalece o no frente a los bienes que se pretenden salvaguardar con su no publicación, que será evacuado en un plazo máximo de diez días. No obstante lo anterior, no se requerirá dicho informe por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en caso de que con anterioridad se hubiese efectuado por el órgano de contratación consulta sobre una materia idéntica o análoga, sin perjuicio de la justificación debida de su exclusión en el expediente en los términos establecidos en este apartado.*

está obligada a publicar la propia entidad en las condiciones y con el contenido que normativamente se determine, habitualmente, mediante la utilización del Portal de Transparencia y que no requiere identificación, ni solicitud alguna, por ser de consulta libre y anónima. Y la publicidad pasiva, como el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, derecho reconocido constitucionalmente en el artículo 105, y desarrollado en los términos establecidos en los artículos 12 y siguientes LTBG.

Resulta preciso diferenciar ambas herramientas, perfil del contratante y portal de transparencia, en atención a su distinta finalidad y fuente obligacional, tal y como recuerda el Informe 8/2015, de 20 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, emitido al Anteproyecto de Ley de contratos del sector público, cuando señala precisamente esta diferencia, al afirmar que el perfil de contratante y el portal de transparencia son herramientas distintas:

«Por ello, no debería este artículo 63 inducir a confusión entre los distintos instrumentos de publicidad y transparencia, Perfil de contratante y Portal de transparencia, pues el primero tiene que estar dirigido a los licitadores y dotado de funcionalidades adaptadas a ellos (sistemas de alarmas sobre anuncios de licitación que pueden ser de su interés, sistema de alarmas sobre aquellos procedimientos en los que está participando, etc.). Mientras que el Portal de transparencia se refiere a información de contratos ya adjudicados, y es un repositorio histórico de dicha información. Por supuesto, todo ello sin perjuicio de los oportunos enlaces entre Perfil y Portal, de forma que resulten complementarios».



Por su parte, la LCSP dedica su artículo 133 a la regulación de la confidencialidad, al indicar que, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la LCSP relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. Destaca la declaración de que el carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores.

No obstante, este deber de confidencialidad del órgano de contratación así como de sus servicios dependientes no se configura como un deber absoluto que pueda extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación, sino tan sólo a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles. Del mismo modo que el deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato,

respetando en todo caso lo dispuesto en la normativa en materia de protección de datos de carácter personal⁵.

Deber que se impone también al contratista de respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor que, en todo caso, deberá ser definido y limitado en el tiempo.

Este deber de confidencialidad y su ponderación deberá ser objeto de especial consideración a los efectos del derecho de defensa para la interposición del recurso especial en materia de contratación previsto en los artículos 44 y ss, disponiendo el artículo 52 LCPS que si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley. Para ello, los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud.

⁵ En el momento de su aprobación, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en la actualidad, resulta de aplicación el Reglamento General de Protección de Datos y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.



Si bien el incumplimiento de estas previsiones no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso⁶.

La garantía de confidencialidad en relación con la vía de impugnación se refuerza en el apartado 5, del artículo 56. Tramitación del procedimiento, exigiendo al órgano competente para la resolución del recurso que garantice la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver. Corresponderá a dicho órgano resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que, por ello, resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento. Es decir, que el conflicto entre el derecho a la confidencialidad y el derecho de acceso a la información debe contextualizarse en este caso con la garantía de otro derecho, el de la protección jurídica efectiva y el derecho de defensa en el procedimiento.

⁶ En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente.

Al margen de lo expuesto no se encuentra en la LCSP ninguna otra referencia general al acceso a la información contractual por parte de los interesados, salvo la contemplada en el artículo 138, que se refiere al acceso a los pliegos y demás documentación complementaria por medios electrónicos, que se efectuará a través del perfil de contratante.

3.- LÍMITES AL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: EL CRITERIO 1/2019 DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA, PERJUICIO PARA LOS INTERESES ECONÓMICOS Y COMERCIALES

El derecho de acceso a la información pública recogido en la LTBG no se configura como un derecho absoluto sino que en su ejercicio está sometido a determinados límites que exigirán una ponderación entre los derechos en conflicto, siguiendo las indicaciones ofrecidas por el propio CTBG en criterio conjunto con la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), C1/002/2015, de 24 de junio de 2015, sobre la aplicación de los límites del derecho de acceso a la información, en cuanto a su interpretación restrictiva, aplicación discrecional y necesaria ponderación.

3.1.- La interrelación de los límites en transparencia y contratos: su reflejo normativo

La confidencialidad constituye un principio general del Derecho, tal y como afirma el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia de 14 de febrero de 2008, VAREC), que tiene como objeto la protección de bienes y derechos que no deben ser de conocimiento general o público. Confidencialidad que no se recoge como uno de



los límites al derecho de acceso en la LTBG, previstos en el artículo 14, que sí recoge otros límites que se proyectarán en el marco del acceso a la información contractual, señaladamente cuando en su apartado 1.h) recoge como límite al derecho de acceso el perjuicio a los “intereses económicos y comerciales”, plasmado en idéntico sentido por los instrumentos internacionales⁷.

⁷ Convenio 205 sobre Acceso a los Documentos, hecho en Tromsø, Finlandia, el 18 de junio de 2009. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680084826>. Article 3, “Possible limitations to access to official documents”: “1. Each Party may limit the right of access to official documents. Limitations shall be set down precisely in law, be necessary in a democratic society and be proportionate to the aim of protecting: ... g) Commercial and other economic interests”. Reglamento (CE) 1049/2001 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2001-81331>. Artículo 4, “Excepciones”: “2. Las instituciones denegarán el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de: - los intereses comerciales de una persona física o jurídica, incluida la propiedad intelectual”. Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a los Documentos Públicos, aprobada por Resolución AG/RES (XL-0/10) de la Asamblea de 8 de junio de 2010 http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2607_XL-O-10_esp.pdf. Apartado 40: “Excepciones a la divulgación”: “Las autoridades públicas pueden rechazar el acceso a la información únicamente bajo las siguientes circunstancias, cuando sean legítimas y estrictamente necesarias en una sociedad democrática, basándose en los estándares y jurisprudencia del sistema interamericano: a) Cuando el acceso dañare los siguientes intereses privados: ... 2. los intereses comerciales y económicos legítimos”. Freedom of Information Act de 30 de noviembre de 2000 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/36/section/43> Chapter 36, Section 43, “Commercial interests”:

Este criterio se proyecta en el ámbito contractual, que aunque fuertemente marcado por los principios del libre competencia y competencia, reconoce la confidencialidad de las ofertas, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores en la propia LCSP.

Ya en el año 2016 el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en su Resolución 1/2016, de 12 de enero, señalaba las claves para la resolución del conflicto:

- Buscar el equilibrio necesario entre los dos derechos buscando el equilibrio necesario de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de los estrictamente necesario.
- La información confidencial será tan sólo aquella proporcionada por el licitador, expresamente calificada por éste como confidencial, al formular su oferta
- La declaración de confidencialidad no vincula al órgano de contratación, que dispone de libertad

(1)Information is exempt information if it constitutes a trade secret. (2)Information is exempt information if its disclosure under this Act would, or would be likely to, prejudice the commercial interests of any person (including the public authority holding it). (3)The duty to confirm or deny does not arise if, or to the extent that, compliance with section 1(1)(a) would, or would be likely to, prejudice the interests mentioned in subsection (2)".



de criterio para examinar las ofertas presentadas y decidir cuáles tendrán dicho carácter

- La materia estrictamente confidencial serán los secretos comerciales o técnicos, es decir, propuestas de ejecución de las políticas empresariales cuyo conocimiento pueda suponer un perjuicio real porque constituye una afectación a sus estudios propios, formulación original de carácter técnico, o introducción de patentes propias.
- No son admisibles declaraciones de confidencialidad de carácter global, que alcancen la totalidad de la oferta.

Directamente relacionado con el objetivo de evitar el falseamiento de la competencia, tal y como reconoce, por ejemplo, el Tribunal General de La Unión Europea en Sentencia de 29 de enero de 2013, asuntos acumulados T-339/10 y T-532/10, Cosepuri Soc.Coop.p.A. contra la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA) "(...) tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa de la Unión en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Éstos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que éstas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores".

De conformidad con el artículo 2.1 de la Directiva (UE) 2016/943, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, ha de entenderse por

secreto comercial “la información que reúna todos los requisitos siguientes:

- a) ser secreta en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para estas;
- b) tener un valor comercial por su carácter secreto;
- c) haber sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control”.

Por su parte, se entenderá por: «Conocimientos técnicos», un conjunto de información práctica no patentada derivada de la experiencia y los ensayos realizados por el proveedor y que es secreta, sustancial y determinada; «secreta» significa que los conocimientos técnicos no son de dominio público o fácilmente accesibles; «sustancial» significa que los conocimientos técnicos incluyen información que es indispensable al comprador para el uso, la venta o la reventa de los bienes o servicios contractuales; «determinada» significa que los conocimientos técnicos son descritos de manera suficientemente exhaustiva para permitir verificar si se ajustan a los criterios de secreto y substancialidad»⁸.

⁸ Sobre esta cuestión resulta de interés la aproximación a la labor del Information Commissioner’s Office (ICO), autoridad independiente del Reino Unido, con la finalidad de la defensa de los derechos de información, destacando, entre otros, la “Guide to freedom of information”, que analiza en su sección 41 las cuestiones relativas a la confidencialidad, en la sección 43, las relativas a los secretos y perjuicios en intereses



En todo caso, la administración deberá dar audiencia al contratista y ponderar si la confidencialidad es legítima y si debe prevalecer o no sobre el derecho de acceso. Si se considera que la confidencialidad es injustificada, esto puede ser causa de nulidad de la cláusula que la establece. En estos casos la administración podría optar entre no aplicar directamente la cláusula tachada ilegítimamente de confidencial y dar acceso inmediato a la información solicitada, o dejar que la decisión sobre el acceso sea resuelta en sede judicial.

Asimismo debemos señalar el límite recogido en el artículo 14.1 j) LTBG, relativo a los derechos de propiedad intelectual o industrial, cuya prevalencia debe estar debidamente motivada, sin que haya habido una divulgación previa o una posibilidad legal de acceder al contenido⁹. Otra cosa diferente, es el uso ilegítimo que pueda hacerse de la obra a la que se ha accedido por esta vía, para lo que el Derecho reconoce también una serie de consecuencias. Así, la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña considera que los derechos de propiedad intelectual e industrial sólo pueden impedir el acceso a información pública si la modalidad con la que se practica el acceso perjudica los derechos de explotación o el rendimiento económico; difícilmente pueden impedir el acceso

comerciales y la sección 44, sobre las limitaciones a la divulgación de la información.

⁹ Resolución 3/2016, de 28 de abril, del Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de la Comunidad valenciana.

simple, especialmente si es limitado a la vista, a los bienes que protegen¹⁰.

Todo ello sin olvidar la relevancia de la protección de datos que opera como un límite cualificado en interacción con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD). La protección de los datos personales obrantes en la información contractual debe resolverse, cuando de acceso a la información pública hablamos, acudiendo a lo dispuesto en el artículo 15 de la LTBG, donde aparecen las distintas intensidades de protección atendiendo a la naturaleza o tipo de dato: especialmente protegido, meramente identificativo relacionado con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano o los restantes datos personales.

¹⁰ La propiedad intelectual no puede operar como límite al acceso, sino como límite a su utilización o explotación por parte de la persona solicitante. Si tenemos en cuenta que entre los derechos de explotación está la reproducción y el aprovechamiento económico, lo que sería incompatible con este derecho sería un acceso que comportara reproducción del bien o perjuicio por los derechos económicos de explotación. De acuerdo con estas consideraciones, se puede afirmar que sería claramente incompatible con los derechos de explotación de la propiedad intelectual un acceso a la información que conllevara su reproducción con fines de aprovechamiento económico. Más dudas puede comportar una simple reproducción por una sola vez, sin fines de aprovechamiento económico; en estos casos la ponderación puede ser más fácilmente favorable al acceso, especialmente si este se fundamenta en derechos o intereses adicionales al derecho de acceso. Y es claramente compatible con el derecho de propiedad intelectual un acceso limitado a consulta o vista sin reproducción (velando, en este último caso, para evitar el uso de aparatos móviles habituales para hacer copia)".



3.2.- El Criterio 1/2019 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

Ahora bien, el legislador primero y los órganos de control, después, tienen claro que ese deber de confidencialidad no puede constituirse en un obstáculo caprichoso al acceso de información pública, de tal modo que:

- El órgano de contratación así como sus servicios dependientes no podrá extender la confidencialidad a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles.

- El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato, respetando en todo caso lo dispuesto en la normativa sobre Protección de Datos de Carácter Personal.

En su interpretación el CTBG concluye que a la hora de calificar una determinada información como secreta o confidencial han de tenerse en cuenta los siguientes criterios:

- Ha de ser relativa a circunstancias u operaciones que guarden conexión directa con la actividad económica propia de la empresa.
- La información no ha de tener carácter público, es decir, que no sea ya ampliamente conocida o no resulte fácilmente accesible para las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice ese tipo de información.
- Debe haber una voluntad subjetiva del titular de la información de mantener alejada del conocimiento público la información en cuestión.
- La voluntad de mantener secreta la información ha de obedecer a un legítimo interés objetivo que debe tener naturaleza económica, y que cabrá identificar. Por ejemplo, cuando la revelación de la información produzca el detrimento de la competitividad de la empresa titular del secreto frente a sus competidores, debilite la posición de esta en el mercado o le cause un daño económico al hacer accesible a los competidores conocimientos exclusivos de carácter técnico o comercial.

Y para garantizar el equilibrio entre los diferentes derechos en presunta colisión, derecho de acceso y derecho a la confidencialidad, en el ámbito del ejercicio del derecho de acceso, deben tenerse en cuenta las siguientes reglas para la aplicación del límite:

- El límite referido al perjuicio para los intereses económicos y comerciales de una organización, empresa o persona como el resto de los límites del art. 14, no opera de manera automática ni supone per se una exclusión directa del derecho



de acceso a la información o de las obligaciones en materia de publicidad activa.

- Al contrario, tal como establece el propio art. 14, la aplicación de los límites será potestativa, justificada y proporcionada con el objeto y finalidad de protección y atender a las circunstancias del caso concreto (art. 14.2).

- Cada caso debe ser objeto de un estudio individualizado, de la aplicación del test del daño, y de la ponderación de sus circunstancias.

- No es suficiente argumentar que la existencia de una posibilidad incierta pueda producir un daño sobre los intereses económicos y comerciales para aplicar el límite con carácter general. El perjuicio debe ser definido indubitado y concreto.

- Dicho daño debe ser sustancial, real, manifiesto y directamente relacionado con la divulgación de la información.

- Constatada la existencia del daño y su impacto, deberá procederse a la ponderación de la existencia de un interés prevalente que marcará, en última instancia, el peso de dicho daño en los intereses económicos y comerciales frente al interés legítimo existente en conocer la información concreta a divulgar.

A dichos efectos, el CTBG apuesta por restringir la interpretación del concepto a aquellas ventajas o situaciones beneficiosas para el sujeto o sujeto de los mismos que, de conocerse, comprometerían su posición en el mercado o en cualesquiera procesos negociadores

de naturaleza económica (licitaciones, negociación colectiva, etc.), aunque en el ámbito de la contratación pública habrá que estar a las especialidades sectoriales que, vía doctrina de órganos consultivos y órganos de recursos, así como vía jurisprudencial se vaya fijando.

4.- LA RELEVANCIA DE LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN

4.1.- La proyección de la transparencia en la contratación

La importancia de este criterio radica en que, aunque las tres figuras jurídicas (limitación del acceso a la información pública en garantía de los intereses económicos y comerciales, protección frente a la obtención, utilización o divulgación ilícita de secretos empresariales o comerciales e información comercial) son instituciones diferentes, lo cierto es que inciden en los mismos ámbitos materiales y persiguen objetivos estrechamente conectados, lo que exige su consideración conjunta. Todo ello sin olvidar que a la normativa en materia de transparencia y a la vigente en materia de contratación, aún debe añadirse un tercer marco normativo, la relativa al procedimiento administrativo común, cuando el solicitante ostenta la condición de interesado, y resulta de aplicación la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

La búsqueda del equilibrio entre los dos derechos va a requerir un juicio de valor de la Administración donde se establezca el motivo que finalmente ha llevado al órgano de contratación a catalogar como confidencial una documentación. En el sentido de que es el órgano de



contratación al que corresponde motivar y dilucidar hasta encontrar el equilibrio entre los intereses de todos los licitadores. El propio TJCE, Sala Tercera, en Sentencia de 14 febrero 2008 apunta ya este criterio sobre la competencia y forma para la resolución de este conflicto entre derechos contrapuestos, disponiendo que *"la normativa comunitaria debe interpretarse en el sentido de que el organismo responsable debe garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en los expedientes que le comuniquen las partes y, en particular, la entidad adjudicadora"* *Corresponde a dicho organismo decidir cómo y en qué medida es preciso garantizar la confidencialidad y el secreto de dicha información, habida cuenta de las exigencias de la protección jurídica efectiva"* .

4.2.-Un breve apunte sobre las vías de reclamación contra la denegación del acceso

El CTBG ha negado reiteradamente la aplicación supletoria de la reclamación potestativa de los artículos 23 y 24 de la LTBG a los regímenes jurídicos específicos de acceso y también a los procedimientos en curso en los que el interesado ha solicitado el acceso (Resoluciones núms. 6/2015, de 19 de febrero, 505/2015, de 8 de febrero de 2016, 367/2016, de 3 de noviembre y RT/192/2016, de 5 de diciembre), por todas, la Resolución del CTBG 282/2018 desestima la reclamación de una empresa licitadora que acude a dicho Consejo por la vía de la LTBG, remitiéndole a los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales (TARC). Dicha posición orbita sobre lo dispuesto en el apartado 2 de la disposición adicional primera de la LTBG establece que se regirán por su normativa específica y

por la LTBG con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información, entendiéndose que éste es el caso de la LTBG.

Pero este criterio no es el mantenido por todos los órganos autonómicos con competencias en materia de derecho de acceso a información, como sucede con el Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de la Comunidad valenciana en su resolución núm. 3/2017, cuando dice que los interesados no están privados de su derecho de acceso al amparo de la LTBG ya que este derecho corresponde a toda persona, o la Resolución núm. 40/2017, de 4 de mayo (CT-0072/2016), de la Comisión de Transparencia de Castilla y León. Igualmente en relación con la competencia del órgano de control en materia de transparencia para conocer de las reclamaciones en materia de acceso a la información pública interpuesta por un licitador, entendiéndose la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña que puede conocer de la reclamación frente a la denegación de acceso a información contractual acordada por la mesa de contratación del correspondiente procedimiento, aún en curso, Resolución 21/2017, de 1 de febrero, con el consiguiente riesgo de manifestar un criterio contradictorio con el mantenido por los tribunales administrativos de recursos contractuales.

La GAIP también se considera competente para pronunciarse sobre este ámbito, en resolución sobre una reclamación en materia de acceso a la información pública interpuesta por un licitador frente a la denegación de acceso a información contractual acordada por la mesa de contratación del correspondiente procedimiento, aún en curso.



La Resolución 38/2016 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón afirma que: *“La confidencialidad, por tanto, exige adoptar medidas e interpretaciones que preserven, de modo útil, su contenido, lo que limita el derecho al libre acceso a toda la documentación de las ofertas de los licitadores competidores”*, pues la materia de contratos públicos se fundamenta en una competencia no falseada.

En su Resolución 58/2018 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales resume su doctrina sobre la confidencialidad de las ofertas, y señala que para que pueda considerarse que una documentación tiene carácter confidencial, el licitador debe justificar suficientemente que se trata de una documentación que

- a) que comporte una ventaja competitiva para la empresa,
- b) que se trate de una información verdaderamente reservada, es decir, desconocida por terceros,
- c) que represente un valor estratégico para la empresa y pueda afectar a su competencia en el mercado, considerando secretos comerciales o técnicos conjunto de conocimientos que no son de dominio público y que resultan necesarios para la fabricación o comercialización de productos, la prestación de servicios, y la organización administrativa o financiera de una unidad o dependencia empresarial, y que por ello procura a quien dispone de ellos de una ventaja competitiva en el mercado que se esfuerza en conservar en secreto, evitando su divulgación y sin que pueda otorgarse tal carácter al conjunto de la documentación que constituye la oferta del licitador.

5.- CONCLUSIONES: INTERACCIÓN NORMATIVA TRANSPARENCIA/CONTRATACIÓN

Como hemos visto, no resulta posible deslindar con precisión quirúrgica el derecho de acceso a la información pública establecido, con carácter general, en la LTBG, del particular derecho reconocido por la LCSP a licitadores a acceder a la información contractual, de ahí que debamos afirmar que la normativa sobre transparencia complementa y refuerza los principios de publicidad y transparencia consagrados por la legislación sobre contratos del sector público¹¹, sin que una norma desplace a la otra, por lo que resulta necesaria una interpretación sistemática e integradora de ambos cuerpos normativos^[2], tal y como se apunta en el Criterio CTBG analizado.

En dicha línea, la doctrina ofrecida por los Consejos autonómicos han sistematizado el distinto alcance de una y otra normativa, señalando que mientras que la legislación de contratación pública persigue dar cumplimiento a los principios de igualdad de trato y libre competencia, y se dirige fundamentalmente a los operadores económicos interesados en la licitación y adjudicación de un contrato público; la finalidad de las leyes de transparencia y acceso a la información pública es la de “permitir al ciudadano controlar la buena

¹¹ El Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía en Resolución 11/2018, de 17 de enero, F.J.3: “en materia de contratación pública, las exigencias de transparencia de la información cobran una particular relevancia, pues, además de suponer un evidente gasto de fondos públicos, se trata de un sector de la gestión pública que ha de ajustarse a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos.”



administración de los asuntos públicos”¹², lo que incluye el buen gobierno de la contratación pública. Esto último es especialmente relevante ahí donde los “deberes de publicidad impuestos por la legislación de contratos son menos intensos”, por ejemplo, la contratación menor o los procedimientos negociados sin publicidad¹³.

La regulación de la LCSP sobre esta materia traslada el mandato de las Directivas 2014 de anudar el principio de transparencia al derecho de acceso a la información pública. De esta forma, el legislador comunitario afirma que la transparencia en la contratación del sector público es indisociable de la trazabilidad del procedimiento de toma de decisiones de las entidades contratantes mediante la debida documentación de todas las fases del procedimiento de conformidad con las normas de acceso a documentos¹⁴.

La aplicación del Criterio 1/2019 del Consejo de Transparencia, la doctrina consolidada de los órganos de recursos contractuales y la jurisprudencia parecen definir una línea de actuación clara por parte de los órganos de contratación en su resolución de las solicitudes de acceso a la información contractual. En primer lugar, la necesidad de que sean los licitadores los que determinen el alcance del principio de confidencialidad sobre su

¹² Consejo de Transparencia de Aragón, en Resolución 2/2016, de 12 de septiembre, F.J.4.

¹³ Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña, Resolución 1/2016, de 1 de marzo de 2016, F.J.2.

¹⁴ Considerandos 126 y 132 de las Directivas 2014/24/UE, sobre contratación pública y 2014/25/UE, sobre contratación en sectores del agua, energía y transportes.

respectiva oferta, mediante declaración expresa sobre la misma, declaración que, en ningún caso, puede afectar a la totalidad. En segundo lugar, autonomía e independencia del órgano de contratación para determinar la conformidad con dicha declaración y evaluar su extensión y debida protección en concurrencia con el derecho de acceso a la información y su proyección en el derecho de defensa, dada la conexión ya expuesta con la protección que ofrece el derecho de acceso a la información pública.

La transparencia y el acceso a la información pública se configuran así como un elemento medial en el procedimiento de contratación, en un instrumento de garantía de los principios rectores positivizados en el artículo 1 LCSP, y completamente consagrados en las Directivas comunitarias. De este modo sólo mediante su efectivo ejercicio podrán garantizarse los principios de libertad de acceso a las licitaciones, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.

6.- BIBLIOGRAFÍA

- CAMPOS ACUÑA, M^a. C.
 - 2018. «Obligaciones de publicidad y acceso a la información, Interacción normativa del RGPD con la normativa sobre Transparencia», *Administraciones Públicas y Protección de Datos: adaptación al RGPD*. Editorial LA LEY.
 - 2016. «El derecho de acceso a la información: dificultades en su ejercicio y propuestas de mejora». *El Consultor de los Ayuntamientos*.— Campos Acuña, María Concepción. 2016. «Las claves de la transparencia en el 2016: propósitos para el primer año de la transparencia local».



- GALLO SALIENT, J.A. (2018). "El recurso especial en materia de contratación", en CAMPOS ACUÑA, M^a C. (Dir.), *La nueva contratación pública en el ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*, Wolters Kluwer
- GARCÍA MELIÁN, J.C. (2016), Confidencialidad en la contratación pública, <https://mymabogados.com/confidencialidad-contratacion-publica>
- MESEGUER YEBRA, J. (2018). "El derecho de acceso a la información pública en materia de contratación pública", en CAMPOS ACUÑA, M^a C. (Dir.), *La nueva contratación pública en el ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*, Wolters Kluwer
- OBCP. (2018). "Confidencialidad de las ofertas: es necesario que el licitador señale que documentación tiene carácter confidencial y lo justifique suficientemente", disponible en <http://www.obcp.es/monitor/confidencialidad-de-las-ofertas-es-necesario-que-el-licitador-senale-que-documentacion>
- OLIVARES HORTAL, A. (2016). "Confidencialidad y transparencia en la contratación pública", Gabilex, núm. 7
- RAZQUIN LIZARRAGA, M.M.,
 - 2019. "Acceso y confidencialidad en la contratación pública". Actualidad Administrativa
 - 2013. "La protección de los datos empresariales en materia de contratos del sector público", en: *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones públicas*. Editorial Iustel.

- PINTOS SANTIAGO, J., (2013) "La nueva configuración de la transparencia en la contratación administrativa. Comentario de urgencia al Proyecto de Ley de Transparencia Acceso a la Información y Buen Gobierno " *Revista Contratación Administrativa Práctica*, La Ley, núm. 126.Jul-ago 2013.
- FEMP. (2017). Red de Entidades Locales por la transparencia y la participación ciudadana. *Comentarios sobre Aspectos clave en materia de acceso a la información pública*.
- FEMP (2019). Red de Entidades Locales por la transparencia y la participación ciudadana. *Guía de Integridad en la contratación pública local*

**LA TRIBUTACIÓN EN EL IMPUESTO DE
TRANSMISIONES PATRIMONIALES
ONEROSAS POR LA ADQUISICIÓN DE ORO U
OTROS OBJETOS PRECIOSOS POR PARTE DE
LAS EMPRESAS O PROFESIONALES DE
“COMPRO ORO” A LOS PARTICULARES:
EXIGIBILIDAD O INEXIGIBILIDAD.**

D. Víctor E. Alonso Prada

Letrado de la Administración de la Junta de
Comunidades de Castilla-La Mancha.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto Asesoría Jurídica Universidad
Rey Juan Carlos.

Letrado de la Administración de la Junta de
Comunidades de Castilla-La Mancha.

Resumen: La regla general en nuestro Derecho es que la transmisión onerosa de bienes de un particular a un empresario o profesional está sujeta al impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO) pero la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha de 18 enero de 1996 declaró que determinados bienes (en concreto el oro u objetos preciosos) no estaba sujeta a IVA ni a TPO en el caso de que los adquiriera un empresario de un particular y ello por la particularidad de la naturaleza de dichos bienes y su especial regulación. A partir de esa sentencia ha estado en discusión la exigibilidad de algún impuesto



por la adquisición de oro u otros objetos preciosos por parte de las empresas o profesionales de “compro oro” a los particulares. En este trabajo se trata esta cuestión que ha dado lugar a mucha controversia jurídica con resoluciones administrativas y judiciales contradictorias, en algunos casos, pero que finalmente ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de diciembre de 2019 formando jurisprudencia. Hemos querido plantear la cuestión con cierta profundidad y exponiendo las diferentes opiniones, para finalmente incluir la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que los autores consideran más razonada y ajustada a la legalidad, incluso antes de que se promulgara la citada y reciente sentencia.

Palabras clave: impuesto, transmisiones patrimoniales onerosas, oro, metales preciosos, tributación, “compro oro”.

Abstract: The general rule in our Law is that the onerous transfer of assets from an individual to an entrepreneur or professional is subject to the Onerous Patrimonial Transfer Tax (TPO) but the Judgment of the Contentious-Administrative Chamber of the Supreme Court dated 18 January 1996 declared that certain goods (in particular gold or precious objects) were not subject to VAT or TPO in the case that they were acquired by an individual's employer and this due to the particular nature of said goods and their special regulation. From that sentence on, the requirement of some tax for the acquisition of gold or other precious objects by companies or professionals of “buying gold” from individuals has been discussed. This paper deals with this issue that has given rise to a lot of legal controversy with contradictory administrative and judicial resolutions, in some cases, but which has finally been resolved by the Supreme Court in its ruling of December 16, 2019 forming

jurisprudence. We wanted to raise the issue with some depth and exposing the different opinions, to finally include the jurisprudential doctrine of the Supreme Court that the authors consider more reasoned and adjusted to the law, even before the aforementioned and recent sentence was promulgated.

Key words: tax, burdensome asset transfers, gold, precious metals, taxation, "buy gold".

SUMARIO: (i) Introducción. (ii) Planteamiento General. (iii) Planteamiento Judicial. (iv) Actuación administrativa. (v) Recurso de Casación. (vi) Cuestión Prejudicial. (vii) La confianza legítima como límite para la exigencia del impuesto. (viii) Conclusión.

i. INTRODUCCIÓN.

Han proliferado en los últimos años, especialmente al calor de la crisis, los negocios de "compro oro" como popularmente se conoce a aquellos que realizan la actividad de comprar a particulares joyas u objetos preciosos con contenido en oro u otros metales preciosos con el objeto de revenderlos ya sea para su transformación en lingotes o como productos que se introducen nuevamente en el mercado. Más allá de otras implicaciones legales o apreciaciones que puedan realizarse al respecto, se ha planteado un interesante debate sobre si las adquisiciones de estos objetos de un particular por los empresarios deben pagar algún impuesto. Lo primero que nos vendrá a la cabeza es que sí, que difícilmente el Estado va a dejar alguna actividad económica al margen del pago de impuestos, aunque



después se prevea su exención u otro tipo de reducción. Más aún concluiremos que se debe pagar algún impuesto si acudimos a la naturaleza del negocio en el que existen unos especiales controles para evitar la compra-venta de objetos sustraídos o que sean fruto de alguna actividad ilícita y que permitiría una fácil determinación de la cuantía de los intercambios para calcular la base imponible. Sin embargo, como veremos, se ha planteado judicialmente la duda de si esta concreta adquisición debe pagar impuestos.

El problema que se plantea en nuestro estudio es aquel que deriva de la actividad de intercambio entre los empresarios o profesionales del sector y los particulares. Los primeros, se dedican a la actividad de comprar oro y otros metales preciosos, mientras que los segundos, venden dichos objetos a cambio de un precio cierto en dinero.

El principal motivo de estas operaciones emana de la necesidad de los particulares de obtener liquidez y de la necesidad de los empresarios o profesionales de adquirir el oro u otros metales preciosos para después revenderlos como parte de su negocio.

Aunque no es tan extraño (así ocurre por ejemplo en el mercado inmobiliario en no pocas ocasiones) tampoco es frecuente que el empresario en lugar de comprar la materia prima o el bien a otro empresario, lo adquiera de particulares. Sin duda al adquirirlo de otros empresarios estarán sujetos al juego del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) debiendo repercutirlo como la norma determina. En estos casos, en la mayor parte de la actuación en el mercado de las empresas de "compro oro" se paga IVA, por tratar con otros profesionales o repercutirlo en el consumidor final, pero la adquisición del mismo a un particular plantea dudas acerca de qué

impuesto debe pagar o incluso si debe pagar alguno de los dos (IVA o Transmisiones Patrimoniales).

Aunque con mayor detalle expondremos la cuestión a continuación, vamos a adelantar algunos de los aspectos que caracterizan el debate:

- La transmisión a título oneroso que se produce entre empresarios o profesionales no estará sujeta al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (en adelante ITPO) porque será un hecho imponible del IVA.
- Por otro lado, la entrega de un bien a una empresa por un particular que no es ni empresario, ni profesional, en principio tampoco estará sujeta a IVA.
- En consecuencia, si la transmisión de toda clase de bienes y derechos que integren su patrimonio se produce por actos "inter vivos" a título oneroso entre dos personas físicas o jurídicas será un hecho imponible sujeto a TPO.
- El problema surge cuando la transmisión onerosa de bienes se hace de un particular a un empresario o profesional y más aún en el caso concreto que en este trabajo se trata.

El Tribunal Supremo se pronunció sobre esta cuestión respecto a los bienes inmuebles señalando por un lado que la intención del legislador es que toda operación inmobiliaria quede gravada por algún impuesto y por otro que lo fundamental a la hora de determinar el impuesto no es la condición de quien adquiere (ya sea empresario o particular) sino del que transmite. La



condición de particular del transmitente hace que en la transmisión de bienes inmuebles se tenga que pagar el impuesto de TPO independientemente de que el adquirente sea empresario o particular.

Esta afirmación de que la transmisión de un bien inmueble e incluso mueble está grabada por el impuesto de TPO, aunque el adquirente sea empresario o profesional, no se aplicaba sin matices a la compra-venta de oro o metales preciosos donde el Tribunal Supremo se pronunció en la **Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha de 18 enero de 1996 (rec. 3646/1991) EDJ 1996/2737.**

La citada Sentencia de 18 enero de 1996 es la que ha supuesto una disfunción del sistema del impuesto al afirmar que dichos bienes (oro u objetos preciosos) no estaba sujeta a IVA ni a TPO en el caso de que los adquiriera un empresario de un particular y ello por la particularidad de la naturaleza de dichos bienes y su especial regulación.

La citada resolución ha supuesto un enorme conflicto por darse la situación de que ha habido órganos judiciales que han seguido el criterio de la misma y otros que no, declarando según el ámbito territorial y la posición del correspondiente Tribunal Superior de Justicia que procedía, o no, el pago del impuesto. La confusión se ha visto reforzada porque el Tribunal Supremo durante un largo periodo no ha admitido recursos de casación (con la regulación previa a la reforma que introdujo la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio) sobre la materia que nos ocupa, por lo que durante mucho tiempo nos encontramos ante un mero precedente y faltos de una doctrina jurisprudencial consolidada.

En una primera parte de nuestro análisis trataremos de examinar el problema previamente reseñado y la evolución del mismo. Después haremos un estudio de las soluciones que han venido dictando los diferentes Tribunales Superiores de Justicia y la respuesta administrativa que ha dado el Tribunal Económico Administrativo Central y los Tribunales Económico Administrativos Regionales. Seguiremos nuestro análisis examinando la posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante la controversia. Esto nos dará pie para analizar la implicación del principio de confianza legítima y su operatividad como límite para exigir dicho impuesto por parte de las haciendas autonómicas. Finalmente, concluiremos nuestro estudio con nuestras valoraciones amparadas en los recientes pronunciamientos de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2017 (Rec. 2367/2017; 140/2017, o; 1960/2017, entre otras). En suma, no seremos nosotros, sino el Tribunal Supremo y sólo él, al que le compete zanjar la polémica ofreciéndonos seguridad jurídica y todo ello en base a que es el órgano jurisdiccional constitucionalmente encargado ex art. 123 de la CE de fijar una jurisprudencia que permita homogenizar las respuestas que ofrezcan los distintos Tribunales Económico Administrativos y los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA.

ii. PLANTEAMIENTO GENERAL.

Como adelantábamos, en este trabajo analizaremos la sujeción de una determinada actividad al ITPO. Concretamente examinaremos si la adquisición a título oneroso de determinados bienes muebles (oro u otros objetos fabricados con metales preciosos) es una



operación susceptible de ser integrada dentro del hecho imponible que acota la Ley reguladora del impuesto.

Esta circunstancia, como se estudiará, resulta conflictiva ya que se han dado respuestas judiciales contradictorias al respecto.

Para precisar más el objeto de estudio comenzaremos analizando la cuestión en términos más generales y desde el punto de vista de los elementos subjetivos de la transmisión:

- Si la transmisión a título oneroso se produce entre empresarios o profesionales no estará sujeta a TPO porque será un hecho imponible del IVA.

Esta afirmación se ampara en el artículo 4 uno de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA) que señala: *Estarán sujetas al impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso si se efectúan en favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen* y añade (artículo 4 cuatro de la LIVA) que *las operaciones sujetas a este impuesto no estarán sujetas al concepto «transmisiones patrimoniales onerosas»*; por lo que podemos colegir que **la entrega de un bien por un particular que no es ni empresario ni profesional no estará sujeta a IVA.**

- Si la transmisión de toda clase de bienes y derechos que integren su patrimonio se produce por actos "inter vivos" a título oneroso entre dos personas físicas o jurídicas será un hecho

imponible sujeto a TPO por aplicación del artículo 7.1 a) del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (TRLITPOyAJD) que estipula como hecho imponible "*Son transmisiones patrimoniales sujetas: A) Las transmisiones onerosas por actos «inter vivos» de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas.*".

- **El problema surge cuando la transmisión onerosa de bienes se hace de particular a empresario o profesional.** En este caso, es claro que el hecho de que la entrega haya sido realizada por un particular implica su no sujeción al IVA. Habrá de analizarse si la transmisión supone un hecho imponible sujeto a TPO.

Pues bien, para este último supuesto de transmisiones de particular a empresario **el Tribunal Supremo se ha pronunciado** en el sentido de que "*puede inferirse por tanto, que la intención del legislador es que toda operación inmobiliaria quede gravada, bien al Impuesto sobre el Valor Añadido, bien el Impuesto sobre Transmisiones patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas.*" y que el criterio de delimitación se funda en el carácter de **empresario o particular de quien transmite, siendo indiferente el carácter del adquirente.** Así, señalaba la STS 16-12-11 (Rec. 5/2009), EDJ 2011/320943; TS 15-12-11 (Rec. 19/09), EDJ 2011/327198, que desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 4 de junio de 2008, EDJ



2008/252914, que desestimó el recurso deducido contra la resolución del TEAR en la que se resolvía que la compraventa de la finca formalizada en la escritura pública de julio 2003. Establecía la sentencia del Tribunal Superior de Justicia aragonés y confirma el Tribunal Supremo la doctrina de que *“No puede admitirse la alegación de la reclamante de que estaríamos ante el supuesto de no sujeción del artículo 7.5 del Texto Refundido, **relativo a que la operación se realizó por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, pues dicha cualidad -la de empresario o profesional- debe entenderse referida al transmitente y nunca al adquirente, por lo que no bastaría con que interviniera en la operación como adquirente, como manifiesta el reclamante, un empresario.**”*.

La citada STS 16-12-11 dejaba a salvo la doctrina de la STS Sala 3ª de 18 enero de 1996 (rec. 3646/1991) EDJ 1996/2737 por el carácter especial de los bienes muebles de que se trataba. En el siguiente ordinal trataremos estos elementos objetivos pero hemos de adelantar que **en base a la sentencia de 2011**, son varios los Tribunales Superiores de Justicia **que se han apartado de la doctrina de la sentencia de 1996**, sobre la materia que tratamos, y así podemos referirnos a la **sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja núm. 568/1998, de 23 de octubre, dictada en el recurso contencioso administrativo núm. 759/1997**, aunque también los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia y Madrid, entre otros, se han pronunciado en similar sentido.

No obstante, existen otros Tribunales Superiores de Justicia que seguían aplicando la Sentencia del Tribunal Supremo de 1996 para rechazar la exigibilidad del

impuesto en estas ventas. Así, podemos destacar la **Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de fecha de 12 de septiembre de 2019 (Rec. 368/2018)**, en donde se desestimó el recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, frente a la resolución del Tribunal Económico-Administrativo de Murcia de 28 de octubre de 2016 en que se estimaba la reclamación económico-administrativa formulada por un empresario del sector de “compro oro” contra la liquidación que gravó la adquisición que hizo de estos bienes a un particular.

iii. APLICACIÓN JUDICIAL.

Planteada la controversia en términos generales podemos afirmar que **la transmisión onerosa de bienes que se hace de particular a empresario o profesional estará sujeta a TPO** por dos razones fundamentales:

La primera es que para analizar si estamos ante un hecho imponible (artículo 7.1 a) TRLITPOyAJD) debe considerarse la cualidad de empresario o profesional referida al transmitente y nunca al adquirente. Por consiguiente, si el transmitente no es empresario o profesional estará sujeta a TPO.

Según el propio Tribunal Supremo la intención del legislador es que las transmisiones onerosas queden gravadas, bien por el Impuesto sobre el Valor Añadido, bien por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas.



No obstante, el preciso objeto de análisis que nos ocupa es la entrega de bienes muebles, concretamente entregas de oro y otros metales preciosos, hechas por particulares a empresarios dedicados habitualmente a su comercio y en este caso existen particularidades, especialmente mencionadas por la STS de 1996.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 18 enero de 1996 (rec. 3646/1991) estableció que las compras de objetos de oro, plata, platino y de joyería realizadas desde el 1 enero a 31 diciembre 1986 no estaban sujetas al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. Esta doctrina plasmada en una sentencia del Alto Tribunal supuso que en muchas ocasiones tales empresas no pagaran ningún impuesto por las adquisiciones de los mismos si quienes se lo vendían eran particulares.

Entendemos que la extensión de la sentencia a situaciones actuales no es completamente correcta. Se puede entender que la solución jurídica se refería a normas que no son las que actualmente están en vigor (Ley 30/1985, de 2 de agosto, del Impuesto sobre el Valor Añadido y la Ley 32/1980, de 21 de junio, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados). Es decir, se trata de una jurisprudencia predicable respecto de una normativa precedente y hoy en día derogada.

Varias cuestiones debemos señalar a fin de justificar y adelantar nuestra inclinación a favor de la exigencia del impuesto con el consiguiente rechazo de la aplicación de los razonamientos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1996; opinión que en fechas recientes ha venido avalada por la reciente decisión del Tribunal Supremo que se analizará al finalizar este trabajo.

En primer lugar, es pacífico que esta sentencia del año 1996 no conforma jurisprudencia ya que no ha sido confirmada por otra posterior (artículo 1.6 CC). Esta cuestión ha sido expresamente tratada en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29-6-2007, nº 742/2007 (rec. 1442/2003): *«No puede compartirse el carácter vinculante de la STS de 18 de enero de 1996, dictada -recordemos- en un recurso de apelación, con base a que en éste se conocían acumuladamente varios recursos, pues, aunque así fuera, se trata de una sola sentencia, no indicando la actora otra del Alto Tribunal que reitere la contenida en aquella, o fije doctrina legal. No serviría para establecer jurisprudencia la STS de 29 abril de 1998, dictada también en un recurso de apelación en que se planteaba el problema de la sujeción o no al impuesto controvertido de las operaciones de compra de objetos de metales y piedras preciosas efectuadas a particulares por empresarios dedicados habitualmente a esa actividad que adquieren dichos objetos para revenderlos en sus establecimientos, pues si bien el Tribunal Supremo indica que la cuestión ya ha sido resuelta por la Sala, tal pronunciamiento se efectúa obiter dicta, pues declara inadmisibile el recurso por razón de la cuantía.»*

Asimismo, esta misma lógica también para confirmarse en la reciente **Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2018 (Rec. 2800/2017)** sobre la que posteriormente profundizaremos.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2011, ya mencionada, señala que la doctrina vista (la consideración de la cualidad de empresario o profesional referida al transmitente) no es aplicable en el asunto aquí analizado por entender que *«se refiere a un tipo de artículos (chatarra, oro, plata, platino y joyería) que*



están sujetos a un régimen especial de tributación, lo que demuestra la singularidad del caso, que nada tiene que ver con el que nos ocupa».

La **Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja núm. 568/1998, de 23 de octubre**, razonaba en el recurso contencioso administrativo núm. 759/1997 *«A tenor literal de tal disposición (se refiere al artículo 7.5 del vigente Texto Refundido de la Ley del Impuesto), «No estarán sujetas al concepto de "transmisiones patrimoniales onerosas", regulado en el presente Título, las operaciones enumeradas anteriormente cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional ...».*

Viene, pues, a defenderse que en la locución legal «operaciones... realizadas por» quedan comprendidas las «adquisiciones» que, operando en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, reciban de los particulares los profesionales o empresarios.

CUARTO. - *Tal conclusión, sin embargo, no parece la más razonable desde la exégesis literal del precepto transcrito puesto en su contexto con el contenido del propio artículo en el que se integra. En efecto, si se sustituye la expresión «operaciones» por la primera de las varias enumeradas como tales en el artículo 7º, tendremos que **son las «transmisiones... realizadas por empresarios o profesionales...» las que se consideran no sujetas al impuesto, consecuentemente, sólo aquellas en que el sujeto agente de la transmisión, el «tradens», sea un empresario o profesional actuando en el tráfico propio de su actividad mercantil.** Esta conclusión de que el análisis de la operación, en el ámbito tributario,*



debe realizarse desde el punto de vista del transmitente (del que hace la entrega de los bienes, derechos o servicios) se confirma también por la definición que del respectivo hecho imponible se contiene en los artículos 1.º, a) y 4.º.1 y 2, a) y b) de la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido ; tributo que grava hechos imponibles objetivamente iguales, bien que subjetivamente diversos, a los del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, en su modalidad de transmisiones onerosas.

Consecuentemente con lo expuesto, la no sujeción al ITP sólo alcanza al comerciante o profesional que realiza la transmisión, pero no a las adquisiciones que el comerciante realiza de particulares.

QUINTO.- A igual conclusión se llega tras la valoración del precepto analizado si se lo pone en relación con el contexto o grupo normativo en el que se incardina. Como pone de relieve el señor Abogado del Estado, el sistema determina: primero, la sujeción a ITP de los negocios entre particulares, y a IVA, de los realizados por empresarios o profesionales, siendo el punto de conexión del hecho con el tributo la condición del transmitente; segundo, la no aplicación simultánea de los dos tributos a un mismo negocio o convención (artículos 4.4 y concordantes de la Ley del IVA y 7.º del Texto Refundido de la Ley del ITP); y, tercero, la carga de toda convención sujeta con el impuesto correspondiente. El entendimiento del precepto considerado en los términos pretendidos por la demanda conduciría, por añadidura, a la admisión de agujeros de tributación no justificados y contrarios al principio de generalidad, y aun al de igualdad del sistema tributario, consagrado en los



artículos 31.1 de la Constitución y 3 de la Ley General Tributaria ".

Tampoco el Tribunal Superior de Justicia de la Rioja desconoce en dicha Sentencia la de 18 enero 1996, dictada en resolución de recurso de apelación por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que la parte recurrente en ese recurso invocó también, mas consideró la Sala de la Rioja sobre el particular: "...por relevante que sea tal precedente, al no constituir doctrina jurisprudencial, tampoco vincula a este Tribunal, el que, actuando con libertad de criterio, opta por la decisión que razonadamente reputa más ajustada a Derecho.»

En el mismo sentido el **Tribunal Superior de Justicia de Galicia en la sentencia nº 275/2016 de 1 de junio de 2016 (rec. 15638/2015)** cambia el criterio que venía manteniendo para llegar a la siguiente conclusión: ***"Ahora bien, llegados a este momento se nos plantea si la existencia de una sola sentencia en la que se analiza la misma cuestión que ahora nos ocupa permite continuar indefinidamente manteniendo la misma postura o, por el contrario, existen argumentos que, de un modo razonado y acorde con el artículo 24.1 CE, autorice llegar a la solución contraria, admitiendo como presupuesto que ninguna de las normas mencionadas establece especificidad alguna para los materiales preciosos respecto del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales ni tampoco en dicho tributo con relación a los bienes usados. Cuestión distinta es que a efectos de configurar el hecho imponible la naturaleza del bien o su condición de nuevo o usado pueda tener incidencia a la hora de liquidar el Impuesto sobre el Valor Añadido, siendo de recordar que en este caso no se discute sobre la procedencia de que la liquidación corresponda a uno u otro tributo -***



solamente se discute sobre la sujeción al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales- y que la precitada STS de 18/3/96 está contemplando un período normativo específico que no es el que contempla el acuerdo recurrido. Por todo ello, entendemos, debe ahora razonarse sobre distinto alcance de la normativa de aplicación, sin que para ello debamos necesariamente partir de la sujeción que el TEAR hace de las resoluciones del TEAC, en cuanto la ordenación jerárquica de sus resoluciones, ni tampoco de la exclusiva perspectiva de aquella STS de 18/3/96 , pues ni es la única posible, como ponen de manifiesto las Administraciones demandadas, ni es la única en la que el Tribunal Supremo se ha manifestado sobre la cuestión esencial -las transmisiones onerosas por actos inter vivos de particulares a empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional- y no sobre una cuestión que, en el tributo enjuiciado, se son presenta como secundaria, que es la naturaleza y categoría del bien transmitido.

Y, a tal efecto, debemos recordar que toda la argumentación de la demanda, por proyección a la ya citada STS de 18/3/96 gira sobre el alcance del término "operaciones" que se incluye en el apartado 5 del artículo 7 del Texto Refundido del Impuesto, de suerte que existiría una desvinculación con el término "transmisiones" del apartado 1 del mismo artículo para concluir sobre la no sujeción que se pretende. A nuestro criterio de ahora, motivando en este momento el cambio sobre el mostrado en anteriores sentencias, si se prescinde de la interrelación entre el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y el Impuesto sobre el Valor Añadido -insistamos una vez más que el recurso no versa sobre tal extremo- y nos limitamos exclusivamente al ámbito del primero, no parece que haya un modo sencillo de soslayar que el apartado 5 del artículo 7 del Texto



*Refundido es una alternativa a lo dispuesto en el apartado 1 en cuanto **declara sujetas, en principio, las transmisiones patrimoniales onerosas por actos inter vivos de toda clase de bienes y derechos. Y, en este contexto la referencia a "operaciones" del párrafo 5 no debe tener otra interpretación que la "operación" a que se refiere son, en efecto, transmisiones inter vivos onerosas, de toda clase de bienes y derechos cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional. Y no, por el contrario, que las "operaciones" de referencia, se limitan a la mera intervención en una transmisión, aunque el transmitente sea un particular; particular que no es sujeto pasivo del IVA y bienes y derechos que formarán parte de la actividad empresarial o profesional de quien los recibe.***

Planteamiento el anterior que tampoco puede calificarse de original pues es el que subyace, más bien el que se manifiesta como tal, en las SSTSS de 15/12/11 (recurso 19/09) y 16/12/11 (recurso 9/09) que, en lo que ahora nos interesa, se manifiestan de modo coincidente en cuanto a que:

Para defender su tesis, la recurrente emplea un argumento que parte de una premisa falsa consistente en que lo importante para que se aplique el artículo 7.5 es que en las operaciones enumeradas anteriormente (considerando como tal operación la compraventa) intervenga un empresario. Sin embargo, no es eso lo que dice la norma que se refiere a "las operaciones enumeradas anteriormente", que no son otras que las definidas en dicho artículo 7, Y que en el presente supuesto es la genérica del apartado 1.A) (transmisión onerosa por acto intervivos).

Es decir, cuando la transmisión la realice un empresario, la operación se sujetará al IVA si se cumplen el resto de requisitos, y cuando la realice un particular, como sucede en este caso, la operación se sujeta al ITP, sin que puedan considerarse bajo ningún concepto como expresiones de idéntico significado la "realización de una transmisión" con la "intervención en una compraventa".

*Pero no sólo el criterio literal de interpretación de la norma abona la tesis de las Administraciones que han conocido de este asunto, sino también el lógico y el finalista, **pues no es razonable ni existe argumento de política fiscal alguno que justifique que precisamente en estas operaciones no se pague ni IVA ni ITP, conduciendo la interpretación esgrimida de contrario a la contravención de los principios de generalidad y de igualdad del sistema tributario (artículo 31.1 de la Constitución)**. La conclusión de que el análisis de la operación, en el ámbito tributario, debe realizarse desde el punto de vista del transmitente se confirma también por la definición que del respectivo hecho imponible se contiene en los artículos 1º.a) y 4º.1 y 2.a) y b) de la Ley 37/1992 del IVA que grava hechos imponibles iguales, pero subjetivamente diversos a los del ITP.*

Consecuentemente, la no sujeción al ITP sólo alcanza a los casos en que el empresario realiza la transmisión, pero no a las adquisiciones que el comerciante realiza de particulares".

*En consecuencia, a tenor de todo lo razonado, y toda vez que a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales **no existen elementos que permitan soluciones dispares según la naturaleza de los bienes**, llegamos a la conclusión de que procede*



modificar nuestro anterior criterio, con desestimación del recurso en lo que a la liquidación se refiere".

En aplicación de la doctrina expuesta procede desestimar íntegramente el recurso."

Entendemos que estas dos resoluciones son ejemplo y contienen los razonamientos jurídicos más ajustados a los principios de igualdad y de generalidad del sistema tributario. Con expresa remisión a los argumentos judiciales reproducidos entendemos que no existe razón jurídica que justifique hacer una distinción entre los bienes muebles consistentes en materiales preciosos y otros bienes. No existe distinción normativa que justifique que las empresas o profesionales que se dedican a la compra de oro no deban tributar por esta actuación cuando se adquiere de particulares (sean personas físicas o jurídicas). Tampoco existe un régimen específico de estos bienes que ampare un tratamiento tributario diferenciado del resto de bienes muebles e inmuebles.

Sin soslayar la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 enero de 1996 entendemos que la doctrina no es aplicable por las razones ya esgrimidas y que otros órganos jurisdiccionales lo han entendido así como mejor doctrina y más ajusta a la legalidad, a la intención del legislador y al principio de igualdad tributaria.

Asimismo, es conveniente remarcar que este pronunciamiento del año 1996 del Tribunal Supremo sigue siendo el que aplican algunos Tribunales Superiores de Justicia en la actualidad. Así, conviene reiterar el pronunciamiento que nos ofreció la **Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia en su Sentencia de fecha de 12 de septiembre de 2019 (Rec.**

368/2018) afirmando que: el Tribunal Supremo en la sentencia citada de 18 de enero de 1996 señaló textualmente *"...No es necesario argumentar apenas para llegar a la conclusión de que las adquisiciones que realiza un empresario para transformar las mercaderías de que se trata o para revenderlas, forman parte de su tráfico mercantil y, por tanto, dichas adquisiciones, en el caso de autos, objetos de oro, plata, platino y joyería se hallan al margen del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, aunque los vendedores no sean empresarios, sino particulares, y, por tanto, puedan no estar sujetas tampoco al Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas..."* Y, con posterioridad el citado Tribunal Supremo archivó el recurso de casación en interés de ley número 2801/2014 mediante Auto de 13 de noviembre de 2014, señalando textualmente *"... que como señala la sentencia recurrida, sobre la cuestión litigiosa ya se ha pronunciado este Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de enero de 1996 -recurso de apelación 364671991-, cuya doctrina considera vigente al reiterarse en otros pronunciamientos tales como las Sentencias de 15 y 16 de diciembre de 2011 - recursos de casación para la unificación de doctrina 19/2009 y 5/2009, respectivamente-. Existiendo doctrina legal, carece de sentido el recurso de casación en interés de la ley pues, como destaca la Sentencia de esta Sala 5 de marzo de 2004 - casación en interés de Ley nº 96/2004- "el (recurso) de casación en interés de la ley tiene por finalidad la fijación de doctrina legal cuando ésta no existe y resulta procedente, pero no puede utilizarse para reiterar la doctrina ya declarada".*

También ha sido esta la postura de **la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de Tenerife)** tal y como se desprende de pronunciamientos como el



albergado en su Sentencia de fecha de 28 de abril de 2017 (Rec. 236/2015).

Expuesta esta situación –en absoluto pacífica- podemos mencionar en último lugar la **Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha nº 648/2016, de 18 de octubre de 2016 (Nº de Recurso: 455/2015)** y en la que tras un completo análisis de la cuestión controvertida llega a la siguiente conclusión: *«Insistimos en que a los efectos del impuesto de transmisiones patrimoniales, y a los efectos que nos interesan, **nada diferencia el caso de quien transmite un inmueble al de quien transmite oro** o al caso de quien constituye una fianza. Por eso la postura, por ejemplo, de la sentencia de la Sala de Andalucía, Sevilla, de 28 de abril de 2016 (recurso 602/2015), que marca la diferencia entre unos casos y otros en la naturaleza del bien transmitido, creemos que no tiene suficiente razón de ser, pues en definitiva se dice que se trata de bienes distintos y con regímenes distintos pero no se aclara ni concreta en qué afecta esta distinción al problema que aquí se plantea ni qué diferencia de régimen es la que puede ni remotamente afectar a la tributación por impuesto de transmisiones patrimoniales en este tipo de entregas de particular a empresario, por mucho que haya peculiaridades en el IVA; sin perjuicio de reconocer que el problema de este planteamiento, de tan escaso recorrido, proviene en efecto de que las sentencias de 2011, en vez de limitarse a desautorizar directamente la de 1996, cubrieron lo que en realidad es un cambio de criterio bajo el manto de una supuesta diferencia derivada de la naturaleza del bien. Siendo de interés reseñar, a mayor abundamiento, que el argumento de que el oro estaba sujeto a una regulación particular, aparte de no ser relevante para el caso, encuentra además el obstáculo de que el propio Tribunal Supremo reconoció en su sentencia de 1996, FJ*

7º, que justamente el oro estaba excluido de la regulación especial que el IVA contemplaba para los bienes usados artículo (59.2.6 º de la Ley 30/1985, de 2 de Agosto del IVA).

*Es por todo lo anterior que debe desestimarse este motivo y **considerar sujeto a impuesto de transmisiones patrimoniales este tipo de entregas.** (...)».*

En la mencionada resolución judicial del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha se resume de forma convincente y sin rodeos como opera la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1996 en relación con las sentencias del Tribunal Supremo de 15 y 16 de diciembre de 2011 (recursos de casación en unificación de doctrina 19/2009 y 5/2009, respectivamente) y con el auto del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2014 (rec. 2801/2014).

Hay que reconocer en cualquier caso que existen dos posiciones jurisdiccionales que llegan a pronunciamientos distintos y que deben ser tenidas en consideración, aunque a la vista de los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo sólo cabe una solución a los debates contradictorios que es, la sujeción al impuesto de la venta del oro u otros objetos preciosos que realicen los particulares a los empresarios o profesionales del sector.

iv. ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA.

Si como hemos analizado existen diversas interpretaciones en el ámbito judicial también en el



administrativo ha habido cambios de criterio que incluso podrían calificarse de bandazos.

El Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) de Castilla-La Mancha, por ejemplo, en un principio ha aplicado la **doctrina del Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC) de 8 de abril de 2014 (RG 00-5459-2013)**¹⁵ y las consultas vinculantes que en el mismo se mencionan. Igualmente harían otros TEAR.

Esta es la posición que entendemos como más acertada y razonable. El TEAC determina que en «la compra de oro, plata y joyería y el comercio de oro, la condición de particular del transmitente prima a la hora de determinar la sujeción al IVA y descartada ésta, por no sujeta, por no reunir el transmitente la condición de empresario, la operación queda dentro del ámbito de TPO, aunque el adquirente sea empresario y la compra la realice en el ejercicio de su actividad (...) Consecuentemente, la no sujeción a la modalidad de TPO sólo alcanza a los casos en que el empresario realiza la transmisión, pero no a las adquisiciones que un empresario o profesional pueda hacer de particulares.»

En un principio el TEAC, aplicó los criterios dados por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 2011, si bien entendiendo que no hay exclusión o excepción alguna por razón del bien y que la naturaleza del objeto transmitido no afecta al régimen tributario. Una vez más coincidimos con ese razonamiento que se reputa como el más acorde a la legalidad y a la igualdad en el sostenimiento del sistema tributario.

¹⁵ La Audiencia Nacional mediante Auto de 18/07/2018, ha suspendido el carácter vinculante de la Resolución del TEAC en Unificación de Criterio RG. 5459/2013 de 8/4/2014.

Sin embargo, posteriormente los diferentes TEAR - incluido el de Castilla-La Mancha- con sucinta motivación, han cambiado su criterio para aplicar la **doctrina que fijó el Tribunal Económico Administrativo Central en su resolución 20 de octubre de 2016 (RG 00-02568-2016)**. En esta resolución el TEAC ha querido unificar los criterios señalando que: *“En el caso concreto de compras a particulares de objetos usados de oro y otros metales por parte de quienes ostenten la condición de empresarios o profesionales, la operación queda fuera tanto del ámbito del Impuesto sobre el Valor Añadido como de la modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas.”*

No obstante, la seguridad jurídica invita a pensar que el TEAC no cambiaría repentinamente el criterio. Debemos incidir que incluso la resolución citada adopta la decisión más por **motivos de oportunidad** que por convencimiento con la argumentación que ampara la posición ya que expresamente dice: *“Llegados a este punto, este TEAC, como órgano de la Administración encargado de fijar los criterios vinculantes para todos los órganos administrativos tanto de aplicación de los tributos como de revisión, tanto de la Administración estatal como de la Administración autonómica, tiene que plantearse qué solución debe adoptar. **La primera hipótesis que se ha contemplado es la del mantenimiento de nuestro criterio, pues nos reiteramos en que lo entendemos jurídicamente procedente y acorde con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.** Pero, de adoptarse esta postura, se derivarían (de hecho, se están produciendo ya) las siguientes consecuencias: los órganos de aplicación de*



los tributos, con el consiguiente empleo de medios materiales y personales, y vinculados por el criterio del TEAC, liquidarán estas operaciones exigiendo su tributación por TPO; deducida reclamación por los obligados tributarios, los Tribunales Económico-Administrativos, vinculados por el criterio del TEAC, las desestimarían; entonces, los ciudadanos tendrían, con los consiguientes costes de Abogado y Procurador, acudir a la vía contenciosa, donde la mayoría de los TSJ se sienten vinculados por el auto de noviembre de 2014 del Tribunal Supremo, estimando los recursos e incluso condenando en costas a la Administración demandada.". Puede apreciarse que el pragmatismo de la decisión prima sobre la argumentación jurídica.

v. RECURSO CASACIÓN.

Incluso con posterioridad a la resolución administrativa del TEAC mencionada anteriormente algunos Tribunales Superiores de Justicia se han seguido pronunciando en contra del criterio de la sentencia del Tribunal Supremo de 1996. Entendemos tal doctrina superada ya que el Tribunal Supremo acaba de pronunciarse sobre la cuestión objeto de estudio en el presente trabajo. En estos pronunciamientos nuestro Alto Tribunal ha fijado la jurisprudencia interpretativa del alcance del artículo 7, apartados 1.A) y 5), del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

Sin ser exhaustivo haremos mención a los siguientes recursos admitidos por el Tribunal Supremo sobre la materia: Recurso nº 206/2016. Admitido por Auto de 8

de febrero de 2017; Recurso nº 87/2017. Admitido por auto de 15 de marzo de 2017; Recurso nº 1914/2017. Admitido por auto de 21 de julio de 2017; Recurso nº 1913/2017. Admitido por Auto de 20 de julio de 2017.

Nos detendremos en el **Auto de 8 de febrero de 2017 del Tribunal Supremo que admite a trámite el recurso de casación nº 206/2016 contra la sentencia de 22 de septiembre de 2016 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 79/2016)** en la que ya con el cambio de criterio del TEAC **se mantenía la posición de que la transmisión está sujeta a TPO**. El propio auto de admisión relata los antecedentes en el FJ 2º: «3. *La cuestión que plantea este recurso de casación es la de si, habida cuenta del indicado marco normativo, la transmisión de metal precioso por un particular a un empresario o profesional del sector está o no sujeta al impuesto que grava las transmisiones patrimoniales onerosas.*

4. La sentencia recurrida concluye que, siendo el transmitente un particular, la operación queda al margen del IVA, resultando sometida al impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.1.A) LITPAJD. Se separa expresamente de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1996 (apelación 36467/1991), ya citada, por considerarla no aplicable al caso porque, al atender a liquidaciones de los años 1982 a 1986, resolvía «una circunstancia particular de tránsito de régimen jurídico y de novedad en la aplicación del IVA con el anterior impuesto sobre actividades económicas».



5. *Dicha sentencia de 1996 concluyó (FJ 7º), siendo ya aplicable la normativa sobre el IVA aprobada en el año 1985 y teniendo a la vista una regulación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados de igual contenido a la actualmente vigente, que operaciones como la contemplada en la sentencia ahora recurrida no estaban sujetas al impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas.*

6. *En auto de 13 de noviembre de 2014, también ya citado, la Sección Primera de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo acordó archivar el recurso de casación en interés de la ley 2801/2014, promovido por la Junta de Andalucía, entre otras razones porque sobre la no sujeción de operaciones como la litigiosa al impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas existía ya doctrina legal, por haberse pronunciado el Tribunal Supremo en la repetida sentencia de 1996, «cuya doctrina considera vigente al reiterarse en otros pronunciamientos tales como las sentencias de 15 y 16 de diciembre de 2011 - recursos de casación para la unificación de doctrina 19/2009 y 5/2009, respectivamente-» (FJ 4º) [en realidad, estas dos últimas sentencias aplican la misma doctrina a supuestos de hecho semejantes, pero no iguales: venta de terrenos por particulares a empresas urbanizadoras o promotoras]. (...).*

8. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sección 4ª), en sentencia de 27 de abril de 2016 (recurso 15639/2015), cambió expresamente de criterio, manteniendo la tesis de la aquí recurrida.

9. *Por su parte, el Tribunal Económico-Administrativo Central, en resolución de 20 de octubre de 2016 (número*

02568/2016/00/00) dictada para unificar criterio, ha concluido que la compra a particulares de objetos usados de oro y otros metales por parte de quienes ostentan la condición de empresarios o profesionales queda fuera del ámbito tanto del IVA como del impuesto sobre las transmisiones patrimoniales onerosas.

10. Todo lo anterior evidencia que la sentencia recurrida fija, ante la misma cuestión (la transmisión de metal precioso por un particular a un empresario o profesional del sector), una interpretación del precepto que sustentó su fallo, el artículo 7 LITPAJD, apartados 1.A) y 5 [y de los preceptos reglamentarios que lo desarrollan - artículos 10.1.A) y 31.2 RITPAJD-], contradictoria con la que otros tribunales superiores de justicia han establecido, por lo que resulta **indudable la presencia de interés casacional objetivo** en el sentido expresado por el artículo 88.1.a) LJCA.

11. Se hace, por lo tanto, necesario un pronunciamiento de este Tribunal Supremo que establezca un criterio claro sobre la cuestión, resolviendo las contradicciones doctrinales existentes entre los distintos tribunales superiores de justicia, que de paso ratifique o rectifique el sostenido en unificación de criterio por el Tribunal Económico-Administrativo Central. De esta manera, el Tribunal Supremo sirve al principio de seguridad jurídica y, por su intermediación, al de igualdad en la aplicación de la ley (artículos 9.3 y 14 de la Constitución Española).».

En conclusión, se pueden extraer algunas ideas:

- I. La sentencia del TS de 1996 constituye doctrina y no jurisprudencia y se dictó bajo el amparo de otras normas que no son las que hoy se aplican.



- II. Por la anterior razón diversos Tribunales Superiores de Justicia (Madrid, La Rioja o Galicia) se han apartado motivada y razonablemente de dicha doctrina.
- III. El TEAC funda su resolución más en una cuestión de hecho u oportunidad que de derecho.

Pues bien, estos Autos de admisión previamente mencionados, acaban de dar lugar a una sucesión de sentencias del Tribunal Supremo. En estos pronunciamientos judiciales se nos dice que: "La "operación", en definitiva, debe ser analizada desde la exclusiva perspectiva del transmitente del bien o derecho por la razón esencial de que la norma solo excluye el tributo cuando tal operación (que es, no lo olvidemos, "la transmisión de un bien o derecho") la "realiza" un empresario, o cuando la misma está sujeta a IVA (lo que se produce, en general, cuando la entrega es "realizada" por empresario o profesional).

El verbo "realizar" no es, desde luego, gratuito. En su primera acepción, que es la aquí relevante, la RAE lo define como "efectuar, llevar a cabo algo o ejecutar una acción". Es llano que quien efectúa o lleva a cabo la transmisión es quien realiza la entrega del bien, pues "transmitir" -nuevamente según el Diccionario- es "trasladar o transferir" que es, cabalmente, lo que hace el particular que vende el oro o el metal precioso al comerciante.

Por consiguiente, el elemento esencial es el de la persona que realiza el acto traslativo del dominio o del derecho real limitado de que se trate, pues la operación en cuestión se realiza solo cuando y en la medida en que el transmitente se desprende de sus facultades sobre la

cosa o derecho, a cuyo efecto es irrelevante la condición del adquirente.

En suma, la operación que analizamos está sujeta al pago del impuesto ya que no existe ningún precepto en las normas que disciplinan el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales que excluya su aplicación a los empresarios o profesionales. La ley, ciertamente, podía haberlo hecho, despejando cualquier incógnita que pudiera suscitarse, declarando - sencillamente- la exoneración del gravamen cuando el adquirente sea un comerciante.

Así, concluye declarando el Tribunal la sujeción de estas operaciones al tributo indicado en la medida en que lo esencial -como se ha dicho- es analizarlas desde la perspectiva del particular que enajena el bien por cuanto (i) es dicho particular el que realiza la transmisión y, por tanto, el hecho imponible del impuesto y (ii) no hay ningún precepto legal que exonere del gravamen por la circunstancia de que el adquirente sea un comerciante que actúa en el seno del giro o tráfico empresarial de su actividad.

vi. DECISIÓN PREJUDICIAL TJUE.

El Tribunal Supremo (ante un recurso planteado contra la sentencia Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de septiembre de 2016) dudó si era compatible con la Directiva IVA y con el principio de neutralidad fiscal una normativa que obliga a una empresa a pagar un impuesto indirecto distinto del IVA, en forma de un impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, por el hecho de que dicha empresa adquiera a personas físicas bienes muebles



tales como oro, plata o joyas, cuando tales bienes se destinan a la actividad económica de la empresa en cuestión, la cual lleva a cabo por otra parte operaciones sujetas al IVA en el momento de la reintroducción de los referidos bienes en el circuito comercial, sin tener la posibilidad de deducir, en el marco de esas operaciones, las cuotas abonadas en el momento de la adquisición inicial de esos mismos bienes en concepto del impuesto en cuestión.

La **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 12 de junio de 2019 (asunto C-185/18)** respondió a la cuestión señalando que la Directiva IVA y el principio de neutralidad fiscal deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que somete a un impuesto indirecto que grava las transmisiones patrimoniales, distinto del IVA, la adquisición por una empresa a los particulares de objetos con alto contenido en oro o en otros metales preciosos, cuando tales bienes se destinen a la actividad económica de dicha empresa, la cual, para su transformación y posterior reintroducción en el circuito comercial, revende los bienes a empresas especializadas en la fabricación de lingotes o piezas diversas de metales preciosos.

Para ello el Tribunal de Justicia de la Unión Europea recuerda que en virtud del artículo 401 de la Directiva IVA, las disposiciones de esta no se oponen al mantenimiento o establecimiento por parte de un Estado miembro de impuestos sobre los contratos de seguros y sobre los juegos y apuestas, impuestos especiales, derechos de registro y, en general, de cualquier impuesto, derecho o gravamen que no tenga carácter de impuesto sobre el volumen de negocios, siempre que la recaudación de impuestos, derechos o gravámenes no

dé lugar, en los intercambios entre Estados miembros, a formalidades relacionadas con el paso de una frontera. Así pues, dado que el Derecho de la Unión admite la existencia de regímenes impositivos concurrentes, tales impuestos pueden igualmente percibirse cuando su percepción pueda dar lugar a una acumulación con el IVA en relación con una sola y misma operación (véanse, en este sentido, las sentencias de 20 de marzo de 2014, Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona, C-139/12, EU:C:2014:174, apartado 28, y de 7 de agosto de 2018, Viking Motors y otros, C-475/17, EU:C:2018:636, apartado 26).

Una interpretación literal de esta disposición permite concluir, habida cuenta del requisito negativo contenido en la expresión «que no tenga carácter de impuesto sobre el volumen de negocios»¹⁶, que el mantenimiento o el establecimiento por un Estado miembro de impuestos, derechos y tasas solo está autorizado si estos últimos no pueden asimilarse a un impuesto sobre el volumen de negocios (sentencia de 7 de agosto de 2018, Viking Motors y otros, C-475/17, EU:C:2018:636, apartado 27). No puede considerarse que un impuesto como el controvertido en el litigio principal (Transmisiones Patrimoniales) tenga el carácter de un impuesto sobre el volumen de negocios, a efectos del artículo 401 de la Directiva IVA.

¹⁶ Si bien el concepto de «impuesto sobre el volumen de negocios» no se define ni en el artículo 401 de la Directiva IVA ni en ninguna otra disposición de esta Directiva, procede señalar que este artículo es sustancialmente idéntico al artículo 33 de la Sexta Directiva (sentencia de 7 de agosto de 2018, Viking Motors y otros, C-475/17, EU:C:2018:636, apartado 28).



Tal como la Comisión Europea ha puesto fundadamente de relieve, el principio de neutralidad fiscal en materia de IVA únicamente impone tal neutralidad en el marco del sistema armonizado establecido por la Directiva IVA. Como en el presente caso se trata de un impuesto no armonizado en el marco de dicha Directiva, no es posible vulnerar la neutralidad del sistema común del IVA (véase, en este sentido, la sentencia de 24 octubre de 2013, Metropol Spielstätten, C-440/12, EU:C:2013:687, apartado 57).

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 12 de junio de 2019 (asunto C-185/18) resuelve la cuestión prejudicial planteada en el sentido de entender que no existe infracción de normativa europea, declarando *«La Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, y el principio de neutralidad fiscal deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que somete a un impuesto indirecto que grava las transmisiones patrimoniales, distinto del impuesto sobre el valor añadido, la adquisición por una empresa a los particulares de objetos con alto contenido en oro o en otros metales preciosos, cuando tales bienes se destinen a la actividad económica de dicha empresa, la cual, para su transformación y posterior reintroducción en el circuito comercial, revende los bienes a empresas especializadas en la fabricación de lingotes o piezas diversas de metales preciosos.»*.

Por consiguiente, el sometimiento de la actividad (adquisición por una empresa a los particulares de objetos con alto contenido en oro o en otros metales preciosos) a un impuesto indirecto que grava las

transmisiones patrimoniales, distinto del IVA; no infringe ni la Directiva IVA ni el principio de neutralidad fiscal, siendo acorde con la normativa europea sobre la materia.

vii. LA CONFIANZA LEGÍTIMA COMO LÍMITE PARA LA EXIGENCIA DEL IMPUESTO.

Examinando los pronunciamientos de las diferentes Salas de lo Contencioso-Administrativo de Tribunales Superiores de Justicia nos encontramos con algunos pronunciamientos que han rechazado la exigencia del impuesto por entender que ello supondría una vulneración del principio de confianza legítima.

De esta suerte, podemos citar a la **Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15 de marzo de 2017 (Rec. 300/2016)** que en su fundamentación jurídica rechazo la exigencia del impuesto por ser contraria al principio de confianza legítima. Así las cosas, en ese pronunciamiento se entendió que: *"el principio de confianza legítima se quebrantaría si se permitiera que un cambio de criterio se proyectara hacia atrás, pues "la irrupción retroactiva de un criterio administrativo inédito e imprevisible" conduce a "la consecuencia singularizada, y no normativa, de la anulación de las actuaciones"*.

Para la Sala de Bilbao, por tanto, (i) las operaciones controvertidas están sujetas al impuesto sobre transmisiones patrimoniales, (ii) ese es el criterio seguido por la propia Sala sentenciadora y (iii) tal doctrina no puede, sin embargo, aplicarse al caso porque, de exigirse el tributo por operaciones anteriores



a julio de 2014, se vulneraría el principio de confianza legítima.

Razona la sentencia ahora examinada en su fundamento jurídico segundo que: *"Lo que las actuaciones administrativas revelan es que, en efecto, sin constancia de que el ITPO se hubiese autoliquidado ni exigido nunca, (tal y como resulta de los antecedentes y resoluciones de éste y de otros procesos afines ya resueltos), el 7 de Julio de 2014 se requirió por la Oficina Gestora al recurrente a presentar autoliquidaciones por las compras y adquisiciones de oro de particulares no empresarios correspondientes a los ejercicios 2011, 2012 y 2013, y requerimiento que fue respondido con una relación detallada de los transmitentes y de los precios de cada adquisición, junto con las autoliquidaciones exigidas, pero sin efectuar ingreso, dándose lugar a la práctica de las liquidaciones provisionales arriba reseñadas, con los posteriores recursos y reclamaciones.*

La situación que así se pone de relieve es la de un cambio de criterio de la Administración Tributaria que, sin la menor advertencia previa, -que por definición no viene dada tampoco por la entrada en vigor de disposiciones o normas jurídicas sobre las que se puedan proyectar criterios de irretroactividad-, conlleva la exigencia de un tributo respecto de tres ejercicios vencidos como los de 2011, 2012 y 2013. En tal situación, y si bien esta Sala ha entendido y entiende que esa figura tributaria es de plena exigencia a las transmisiones de que se trata, tal y como ha puesto de manifiesto en recientes sentencias como la de 13 de setiembre de 2016 en el R.C-A nº 554/2015, comparte sin embargo la fundamentación específica que el presente recurso desarrolla".

En consecuencia, la citada sentencia anuló las liquidaciones tributarias por entender que las mismas vulneraban el citado principio de confianza legítima. Ante dicha situación se produjo la reacción de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Esta reacción dio lugar al recurso de casación 2800/2017.

Este recurso de casación acabó culminando con el dictado de la reciente Sentencia de la **Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha de 13 de junio de 2018 (Rec. 2800/2017) Pte. Ilustrísimo Señor Magistrado D. Jesús Cudero Blas.**

En la citada Sentencia no llegó a examinarse el verdadero problema de fondo que en este trabajo se trata, es decir, la sujeción o no al pago del impuesto de las transmisiones onerosas de oro u otros objetos preciosos, ahora bien, la misma nos deja un análisis importante ya que reconoce el derecho de las Haciendas autonómicas a liquidar las deudas tributarias no prescritas, aunque su criterio previo fuese otro distinto.

En definitiva, la cuestión examinada por nuestro Alto Tribunal se circunscribió a enjuiciar la exigencia del gravamen a hechos impositivos pretéritos y a situaciones jurídicas y períodos impositivos ya agotados fruto de un cambio de criterio en la Hacienda Autonómica.

El principio de confianza legítima que utilizó la Sala de instancia para anular la actuación de la Hacienda Foral del País Vasco en esencia es un principio que implica la exigencia de un deber de comportamiento de la Administración que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que sus actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de esos propios actos.



Se trata de un principio que impone un conocimiento anticipado y con medios transitorios suficientes para que los administrados puedan adecuar sus comportamientos. Ahora bien, como tiene declarado el propio Tribunal Supremo, este, es un principio que no puede descansar en la mera expectativa de una invariabilidad de las circunstancias, pues ni este principio, ni el de seguridad jurídica garantizan que las situaciones de ventaja económica que comportan un enriquecimiento que se estima injusto deban mantenerse irreversibles¹⁷.

Sí podemos afirmar que la Administración Tributaria no podrá exigir el tributo en relación con una determinada clase de operaciones (o, en general, de hechos imposables), respecto de períodos anteriores no prescritos, cuando puedan identificarse actos o signos externos de esa misma Administración lo suficientemente concluyentes como para entender que el tributo en cuestión no debía ser exigido a tenor de la normativa vigente o de la jurisprudencia aplicable. En otras palabras, la declaración expresa y precisa de que la operación no está sujeta o la realización de actos indubitados que revelen un criterio claramente contrario a su sujeción impedirá a la Administración exigir el tributo con carácter retroactivo, esto es, en relación con momentos anteriores (no afectados por la prescripción) a aquél en el que se cambió el criterio que antes se había manifestado expresa o tácitamente y que llevó al interesado a ajustar su comportamiento a esos actos propios.

¹⁷ Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de fecha de 22 de junio de 2016 (Rec. Casación núm. 2218/2015).

Realizada la anterior precisión, observamos como la resolución del Tribunal Supremo se decantó por rechazar la aplicación de este principio en la materia objeto del presente estudio. Así, en el inciso final del fundamento jurídico tercero de la sentencia se nos dijo que: *"A ello cabría añadir, reiterando aquí nuestra jurisprudencia, que **la circunstancia de que la Administración competente no haya regularizado la situación del contribuyente con anterioridad, o no haya iniciado en relación con los correspondientes hechos imponibles procedimiento alguno** (de gestión, o de inspección) **no determina ineluctablemente que exista un acto tácito de reconocimiento del derecho del sujeto pasivo del tributo**, pues tal circunstancia -la ausencia de regularización- no constituye, si no va acompañada de otros actos concluyentes, un acto propio que provoque en el interesado la confianza en que su conducta es respaldada por el órgano competente de la Administración.*

Estas afirmaciones, en definitiva, no son más que la aplicación al caso de nuestra jurisprudencia sobre el principio de confianza legítima pues, reiteramos, el mismo (i) no puede amparar creencias subjetivas de los administrados, (ii) ni descansar en meras expectativas de invariabilidad de circunstancias fácticas o jurídicas, ni, en fin, (iii) puede aplicarse con eficacia anulatoria sin actos o signos externos lo suficientemente concluyentes como para generar una razonable convicción en el ciudadano de que existe una voluntad inequívoca de la Administración en el sentido correspondiente."

Conforme a lo aquí expuesto se estableció un nuevo criterio que abre la puerta a la exigencia del impuesto a los profesionales del "compro oro". El eventual "cambio de criterio" que está motivando la exigencia del impuesto



para gravar estas operaciones no reúne los requisitos necesarios como para entender vulnerado el principio de confianza legítima, máxime si se tiene en cuanto que la Administración está sometida al principio de legalidad y, sobre todo, que no consta pronunciamiento, resolución o acto expreso que ponga de manifiesto que la Hacienda Autonómica entendiese siempre -antes y después de la Sentencia del Supremo de 1996- que operaciones como las analizadas no estaban sujetas al tributo.

A su vez, el Tribunal Supremo, aunque no enjuicia el fondo del asunto, sí que realiza un apunte revelador ya que en sus razonamientos¹⁸ nos añade que: *“Debemos salir al paso, además, de la afirmación de la parte recurrida según la cual el comportamiento de la Hacienda Foral estaría amparado en una clara posición del Tribunal Supremo y de los Tribunales de Justicia sobre la no sujeción de estas operaciones al tributo en cuestión. Con independencia de que el Tribunal Supremo solo se ha pronunciado una vez sobre el fondo del asunto (en la sentencia de 1996) y una más para inadmitir una casación en interés de ley, es lo cierto que los órganos judiciales de los distintos territorios tenían -antes de la fecha de la sentencia que nos ocupa e incluso antes del requerimiento efectuado - criterios dispares, al punto de que la Sección Primera de esta Sala ha admitido diversos recursos de casación por entender que concurría en esos recursos la circunstancia de interés casacional prevista en el artículo 88.2.a) de la Ley Jurisdiccional, esto es, porque había criterios contradictorios de los distintos tribunales sobre la misma cuestión.”.*

¹⁸ Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha de 13 de junio de 2018 (Rec. 2800/2017) Pte. Ilustrísimo Señor Magistrado D. Jesús Cudero Blas.

El acogimiento del recurso de casación supuso la retrotracción de las actuaciones al Tribunal de Instancia para que resolviese y se pronunciase respecto del fondo del litigio, consistente en determinar si las operaciones sobre las que se giraron las liquidaciones provisionales impugnadas (compras a particulares de objetos de oro y otros metales efectuadas por la empresa) estaban sujetas y no exentas al impuesto sobre transmisiones patrimoniales teniendo en cuenta que, al no tener los transmitentes la condición de empresarios o profesionales, quedan fuera del Impuesto sobre el Valor Añadido.

En suma, es el propio Tribunal Supremo el que asume que no existe jurisprudencia y el que parece reconocer que estamos ante operaciones sujetas al pago del ITPO al no estar prevista expresamente su exención fiscal en la Ley.

viii. CONCLUSIÓN.

Aun asumiendo que la cuestión jurídica que nos ocupa se caracteriza por su complejidad, podemos concluir adoptando un posicionamiento fundado o razonado y que consiste en considerar que estas ventas de oro u otros objetos preciosos que efectúan los particulares a empresarios o profesionales del sector del "compro oro" están sujetas a tributación en la modalidad de TPO.

Esta posición creemos que es razonable y acorde con lo dispuesto en el art. 7 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos



Documentados, en donde se nos afirma que: *“Son transmisiones patrimoniales sujetas: a) Las transmisiones onerosas por actos «inter vivos» de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas.”*

El ITPO no engloba en su seno dos figuras diferenciadas y de régimen distinto respecto de la transmisión de muebles y la de inmuebles, sino que, como se acaba de reafirmar, grava, *“las transmisiones onerosas por actos intervivos de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas”*.

En consecuencia, la transmisión del oro se sitúa en el ámbito del ITPO en la medida en que la determinación del sujeto que realiza la operación de venta son particulares que no actúan en el ejercicio de su actividad empresarial, y en que, -nadie lo sostiene- no se encuentra sujeta al IVA¹⁹.

Según se desprende de la dicción del precepto de la LITPO, para determinar si estamos ante una operación sujeta a tributación hemos de reconocer los siguientes elementos:

- i. La onerosidad de la transmisión. *Sensu contrario* nos encontraríamos ante una donación de conformidad con lo dispuesto en el art. 618 y concordantes del CC.

¹⁹ Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha de 27 de marzo de 2017 (Rec. 474/2016).

- ii. Que sea un negocio jurídico bilateral "*inter vivos*". De lo contrario, estaríamos hablando de una sucesión.
- iii. Que se produzca una transmisión de bienes y derechos, esto es, que se produzca un desplazamiento de los elementos del patrimonio de una persona al patrimonio de otra.
- iv. Que se justifique la pertenencia previa de los bienes al patrimonio del particular (vendedor).

Para alcanzar nuestras conclusiones definitivas comenzaremos evaluando el negocio jurídico que acontece y, todo ello a fin de poder determinar su inclusión o exclusión en el hecho imponible del impuesto. Seguidamente analizaremos la naturaleza de los bienes que se transmiten y concluiremos determinando si los mismos son parte integrante del patrimonio de la persona física que los vende a los empresarios o profesionales del sector del "compro oro".

Para contestar a la primera cuestión, necesariamente tendremos que exponer nuestra interpretación acerca de la aplicación del art. 7 de la LITPO. En este sentido, hemos de comenzar diciendo que el precepto incluye todas las clases de bienes y derechos, sin distinciones. Al hilo de ello, hemos de seguir observando que las normas no son islotes aislados en el océano jurídico sino que interactúan entre sí, y están interconectadas para garantizar la eficacia del sistema jurídico. Así las cosas, para acotar y delimitar el hecho imponible del impuesto podemos comenzar relacionando dicho precepto legal con lo dispuesto en el art. 1445 del CC: «*Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.*».



Así pues, acogiéndonos a la legislación aplicable, así como al principio general del derecho que establece que donde la ley no distingue, no debe de distinguir el intérprete ("*ubilex non distinguit, nec non distinguere debemus*"), debemos hacernos eco de los literales términos de la normativa invocada como primer criterio interpretativo de las normas ex art. 3 del Código Civil y entender que el negocio jurídico bilateral entre el particular (vendedor) y el profesional (comprador) conlleva el desplazamiento de un bien mueble (oro u otros objetos preciosos) integrante del patrimonio del primero que se entrega al segundo a cambio de un precio cierto en dinero o signo que lo represente. Es decir, inequívocamente podemos concluir que se trata de una transmisión patrimonial onerosa que conlleva una minoración en los bienes que integran el patrimonio neto del vendedor (particular).

El precepto de la Ley del impuesto previamente transcrito es claro y explícito, consideramos que, si el legislador hubiera querido eximir de la tributación estas transmisiones patrimoniales onerosas "*inter vivos*", lo hubiera establecido así expresamente. Tampoco podemos olvidar que las exenciones fiscales se sujetan al principio de reserva de Ley. Así las cosas, el intérprete no puede aceptar la existencia de una exención que no se encuentra prevista en la Ley del impuesto.

La venta de particulares a profesionales se caracteriza por ser un contrato consensual, bilateral, conmutativo, recíproco o sinalagmático, por que realiza el intercambio de cosa por precio o signo equivalente.

Es un contrato consensual que se perfecciona por el mero consentimiento entre el propietario del oro y el empresario o profesional adquirente. Por consiguiente,

es un acuerdo consensual con claro encaje en el mandato del art. 1450 del CC, en donde se dice que: *“La venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato, y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado.”*.

Por consiguiente, la venta que realiza el particular al empresario o profesional del sector del oro es un negocio jurídico bilateral traslativo oneroso e “inter vivos” con lo que cumple con el primero y el segundo de los presupuestos que se establecen en la Ley del impuesto.

Asimismo, también cumple con el tercero de los presupuestos. El oro y demás objetos preciosos son cosas que son o pueden ser objeto de apropiación por las personas por lo que debemos considerarlos como bienes muebles de conformidad con lo dispuesto en el art. 333 y 335 del CC.

Finalmente, comprobamos como dichos bienes integran el patrimonio del particular que los enajena. Esta conclusión la extraemos tras comprobar que el oro, las joyas u otros objetos preciosos son bienes que integran el patrimonio neto de las personas físicas de conformidad con lo dispuesto en la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio. En este texto legal, su art. 1 nos dice que: *“constituirá el patrimonio neto de la persona física el conjunto de bienes y derechos de contenido económico de que sea titular”*.

Al hilo de lo anterior, se continúa diciendo en la norma expresamente que estos bienes no integran el ajuar doméstico de las personas ex art. 4.4 en relación con el art. 18 y 19 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio. Por tanto, son bienes que



integran el patrimonio neto de las personas al no estar prevista su exención.

Todo lo expuesto nos permite concluir que el negocio jurídico que nos ocupa cumple con todos los presupuestos que comprenden la descripción del hecho imponible del impuesto. En este sentido, como avanzábamos, asumir su exención creemos que iría en contra de lo dispuesto en el art. 8. d) de la LGT, en donde se nos dice que: "Se regularán en todo caso por ley: d) El **establecimiento**, modificación, supresión y prórroga **de las exenciones**, reducciones, bonificaciones, deducciones y demás beneficios o incentivos fiscales". La LITPO no nos dice que la venta onerosa de oro u otros objetos preciosos de particulares a empresarios o profesionales se encuentre exenta del pago del impuesto por lo que sí el legislador no ha querido excluir expresamente estas transmisiones del pago del impuesto no podemos nosotros hacer diferenciaciones ya que las mismas serían contrarias al principio general de derecho "*ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus*".

Conforme a lo expuesto, consideramos que estas operaciones están sujetas al pago del impuesto. De los razonamientos que obraban en la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha de 13 de junio de 2018 (Rec. 2800/2017) Pte. Ilustrísimo Señor Magistrado D. Jesús Cudero Blas, a que anteriormente hemos hecho alusión, reforzaban nuestra creencia de que dichas ventas están sujetas al pago del ITPO pero será la **Sentencia nº 1749/2019 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 16/12/2019 (Nº de Recurso: 206/2016)** la que definitivamente aclare la cuestión en el sentido que se considera en este trabajo.

Así las cosas, la sujeción previa a uno u otro impuesto dependerá de la condición del transmitente y de su forma de actuación. Si se trata de un empresario o profesional que actúa en ejercicio de su actividad, la transmisión inmobiliaria se encontrará sujeta a IVA y, en caso contrario, a TPO.

En estos supuestos, siendo el transmitente un particular, la transmisión está sujeta al ITP, conforme a lo que prevé con carácter general el artículo 7.1.a) de la LITPO.

No sólo el criterio literal de interpretación de la norma abona la tesis que postulamos, sino también el lógico y el finalista, pues no es razonable ni existe argumento de política fiscal alguno que justifique que precisamente en estas operaciones no se pague ni IVA ni ITP, conduciendo la interpretación esgrimida de contrario a la contravención de los principios de generalidad y de igualdad del sistema tributario (artículo 31.1 de la Constitución). Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo.

La conclusión de que el análisis de la operación, en el ámbito tributario, debe realizarse desde el punto de vista del transmitente se confirma también por la definición que del respectivo hecho imponible se contiene en los artículos 1º.a) y 4º.1 y 2.a) y b) de la Ley 37/1992 del IVA que grava hechos imposables iguales, pero subjetivamente diversos a los del ITP²⁰.

Consecuentemente, la no sujeción al ITP sólo alcanza a los casos en que el empresario realiza la transmisión,

²⁰ Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha de 14 de junio de 2019 (Rec. 15737/2018).



pero no a las adquisiciones que el comerciante realiza de particulares.

Por todo ello, si asumimos la aplicabilidad de los arts. 14 y 31.1 de la CE no podría alcanzarse una solución distinta a la que postulamos puesto que de lo contrario, se incurriría en la plena paradoja de que se asumiesen unas posiciones en contra precisamente de los principios de generalidad e igualdad del referido precepto, cuando es así que el empresario o profesional del sector del "compro oro" no ha tributado nunca ni por el ITPO ni por el IVA y su pretensión va exclusivamente encaminada a mantener esa situación inicialmente calificable como de privilegio tributario. La desigualdad de trato residiría precisamente en ello y no en que las operaciones realizadas tengan que tributar por una u otra de tales figuras. Por todo ello, debemos atenernos a estrictas razones y juicios de legalidad tributaria, y en modo alguno aceptar postulados que pretenden el reconocimiento de un beneficio o exención fiscal que la Ley no contempla y porque de realizarse idéntica transmisión entre particulares la operación estaría sujeta al impuesto sobre transmisiones patrimoniales, y de ser empresario el vendedor, la operación estaría sujeta a IVA, con independencia de quién fuera el comprador.

Por tanto, con objeto de no vulnerar el principio de igualdad, dado que la operación no está sujeta en ningún caso a IVA, es de aplicación el artículo 7.1 A) de la LITP, estando sujeta la operación a este último impuesto. Con base en el artículo 8 del mismo texto legal: *"está obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere."* Así, el empresario, como adquirente es el sujeto pasivo

del impuesto que nos ocupa²¹. Podemos concluir que la adquisición de oro u otros objetos preciosos por parte de las empresas o profesionales de “compro oro” a particulares está sujeta a la exigibilidad del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

Noviembre de 2019²².

²¹ Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha de 6 de abril de 2017 (Rec. 208/2016).

²² El presente artículo fue enviado a la revista Gabilex en noviembre de 2019 para su publicación; fue aceptado en diciembre, si bien se ha hecho una última revisión sustancial en enero de 2020 para incluir pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la materia analizada posterior a la fecha de entrega del trabajo, tras el envío de las galeradas.

EL PROCEDIMIENTO DEL RECURSO ESPECIAL Y SUS CONSECUENCIAS²³

Jose Enrique Candela Talavero

Doctor en Derecho
Funcionario con Habilitación de Carácter Nacional

Resumen: El recurso especial en materia de contratación pública se configura como un instrumento de origen comunitario que habilita un efectivo control a la Administración en este sector capital que es la contratación pública. Se procede en este trabajo a analizar las fases que componen el proceso para su puesta en marcha y resolución, impregnadas de protección a los derechos de los licitadores y prevención de los principios generales de la contratación. Fases desde la adopción de medidas cautelares y el efecto de la suspensión al análisis de los plazos y actos objeto del recurso; además se presenta un estudio del lugar de presentación, los efectos de la interposición, el contenido del recurso y en su caso su posible subsanación o inadmisión. Fases que buscan la rapidez y eficacia de

²³ Este trabajo forma parte de la tesis doctoral: "*EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN: INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN AL LICITADOR Y MECANISMO DE VIGILANCIA A LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA*", defendida en la Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca de la Universidad de Castilla-La Mancha el 12 de Junio de 2019.



este mecanismo que hace efectivo el principio de la seguridad jurídica, la confianza de los licitadores y la reducción de la litigiosidad en sede de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre este sector contractual.

Summary: The special public procurement resource is configured as an instrument of community origin that enables effective control over the Administration in this capital sector, which is public procurement. We proceed in this work to analyze the phases that make up the process for its implementation and resolution, impregnated with protection of the rights of bidders and prevention of the general principles of contracting. Phases from the adoption of precautionary measures and the effect of the suspension to the analysis of the terms and acts subject to the appeal; In addition, a study is presented of the place of presentation, the effects of the filing, the content of the resource and, where appropriate, its possible correction or inadmission. Phases that seek the speed and effectiveness of this mechanism that makes effective the principle of legal certainty, the confidence of bidders and the reduction of litigation at the headquarters of the contentious-administrative jurisdiction over this contractual sector.

Palabras claves: Procedimiento, contrato, recurso, discrecionalidad.

Key words: Procedure, contract, appeal, discretion.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.

II. LAS MEDIDAS CAUTELARES

II.1. Regulación de las medidas cautelares. Clases

II.2. Objetivo

- II.3. Solicitud y efectos: suspensión de la adjudicación
- II.4. Suspensión de la adjudicación
- III. INICIO DEL PROCEDIMIENTO
 - III.1. Anuncio previo y escrito inicial: plazos
 - III.1.1. El anuncio previo y escrito de interposición
 - III.1.2. El acceso al expediente y la confidencialidad
 - III.1.3. El escrito de interposición: plazos
 - III.1.3.a/. Recurso contra el anuncio de licitación
 - III.1.3.b/. Recurso contra el contenido de los pliegos
 - III.1.3.c/. Recurso contra los actos de trámite
 - III.1.3. d/. Recurso contra la adjudicación
 - III.2. Lugar de presentación
 - III.3. Efectos de la interposición
 - III.4. El contenido del recurso: Subsanación
 - III.5. La inadmisión
- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

No puede ser ajena la Administración pública en nuestro sistema democrático a la era de las nuevas tecnologías, y por esta razón que se postule en favor de un sistema social abierto hacia la consolidación y garantía de los derechos reconocidos y en favor de la aplicación efectiva de una Administración electrónica que permita conceder al ciudadano un papel de actor directo en la sociedad mediante las distintas opciones que le brindan los medios de tecnológicos. Esta realidad se plasma también en la



contratación pública y en particular en el procedimiento para tramitar el recurso especial²⁴ regulado en la Ley de Contratos del Sector Público y terminará en la nueva Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP2017).

Como premisas generales del procedimiento, señalar en este momento dos. Una, que estamos ante disposiciones generales para el procedimiento a tramitar para la interposición del recurso especial (artículo 12 a 16 Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre -RD 814/2015) en el ámbito de la E-administración. Al respecto habrá de tenerse presente en la LCSP2017, la regulación de la Disposición adicional decimoquinta, sobre las normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos regulados en esta Ley; la Disposición adicional decimosexta relativa al uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley; la Disposición adicional decimoséptima, a cerca de los requisitos

²⁴ Contratación electrónica sobre la que saber de normas como el Decreto 28/2018, de 15 de mayo, de Castilla-La Mancha por el que se regula la contratación electrónica en el sector público regional. (DOCLM 21 de mayo de 2018) o el Decreto 1/2018, de 10 de enero, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura. (DOE 15 de enero de 2018). COTINO HUESO, L., "Retos Jurídicos y Carencias Normativas de la Democracia y la Participación Electrónicas", Revista Catalana de Dret Públic, nº35,2007.

específicos relativos a las herramientas y los dispositivos de recepción electrónica de documentos; el artículo 143 sobre la subasta electrónica, junto al genérico 56.1 LCSP2017 para el que el procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se registrará en general a las disposiciones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (Ley 39/2015); la Disposición final tercera del RD 814/2015, siguiendo la línea de la implantación de la e-administración en diversidad de leyes y normas²⁵, y que las comunicaciones y notificaciones como regla general se harán acudiendo a los medios electrónicos (artículo 14 RD 814/2015) hoy expresamente previsto que las

²⁵ 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, Ley 25/2013, de 28 de diciembre, de factura electrónica y creación del Registro Contable, Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, su desarrollo parcial por el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre y la Orden PRE/878/2010, de 5 de abril, por el que se establece el régimen del sistema previsto en el artículo 38.2 del Real Decreto 1671/2009, Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, Real Decreto 806/2014, de 19 de septiembre, sobre organización e instrumentos operativos de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, la Orden EHA/1307/2005, de 29 de abril, por la que se regula el empleo de medios electrónicos en los procedimientos de contratación o la Orden EHA/1220/2008, de 30 de abril, por la que se aprueban las instrucciones para operar en la Plataforma de Contratación del Estado.



comunicaciones y notificaciones se cursen a través de medios electrónicos en el artículo 54 LCSP2017 al estipular: *"Las comunicaciones y el intercambio de documentación entre los órganos competentes para la resolución de los recursos, los órganos de contratación y los interesados en el procedimiento se harán por medios electrónicos"*. Uso de los medios electrónicos en la tramitación y notificaciones del recurso que se completan con los artículos 38 a 41 RD 814/2015.

Y dos, que podrá motivar el Tribunal, de oficio, a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados comparecidos en el procedimiento, la acumulación de dos o más recursos previo a la terminación, sin que, contra esta decisión o su denegación, pueda interponerse recurso alguno habilitado por el artículo 13 RD 814/2015. Así, vemos lo dispuesto para la acumulación en el artículo 57 de la Ley 39/2015 que dispone: *"El órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer, de oficio o a instancia de parte, su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento. Contra el acuerdo de acumulación no procederá recurso alguno"* aplicable al procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación en virtud del artículo 56.1 LCSP2017 que reconoce que *"el procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se registrará por las disposiciones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, con las especialidades que se recogen en los apartados siguientes"*. Fue el supuesto resuelto por el TACRC en sus Resoluciones nº 43/2012 de 23 de enero y nº 878/2014 de 28 de noviembre, se acordó la acumulación de los procedimientos de recurso

por guardar entre sí identidad sustancial e íntima conexión, al haber sido interpuestos bajo una misma representación, referirse a un mismo acto y fundar en ambos casos sus pretensiones en argumentos sustancialmente idénticos. También acordado en la impugnación que resolvió el Acuerdo nº 62/2017, de 11 de mayo de 2017, FD1º, del TACPA por cuanto se trataba de dos recursos donde los argumentos de fondo eran idénticos, por lo que la resolución, en cualquiera de ellos, produce efectos en el otro, decisión de acumulación adoptada al cumplirse el requisito de identidad sustancial o íntima conexión, por razones de economía procedimental.

II. LAS MEDIDAS CAUTELARES

II.1. Regulación de las medidas cautelares. Clases

Integrante de la teoría general del Derecho Administrativo, el artículo 56 de la Ley 39/2015, como novedad, estipula de manera expresa las medidas que se pueden establecer en los términos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y para las que se exige ahora su motivación y respeto a los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad²⁶, resultando capital en la valoración concreta de cada medida adoptada esa motivación que habilita conocer si

²⁶ NAVAJAS REBOLLAR, M., *“Las novedades en la regulación del procedimiento administrativo común en la Ley 39/2015”*, revista EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho, nº 63, Ed. Iustel, Octubre, 2016.



son aplicados y respetados estos principios (STS 11 de octubre de 2016)²⁷.

Se trata de medidas cuya adopción tienen por finalidad el aseguramiento de la eficacia de la resolución, por lo que se deben basar en unos parámetros jurídicos de valoración como son el principio "periculum *in mora*", el "*fumus boni iuris*" y la proporcionalidad o razonabilidad de la conveniencia en su adopción (STS de 3 de febrero de 1997). Parámetros analizados por la STJCE de 19 de junio de 1990 (asunto "Factortame") que resolvió que la medida cautelar se adoptará en base a criterios sustanciales, ligados a la mayor o menor apariencia de legitimidad de las disposiciones controvertidas ("*fumus boni iuris*"), así como a la posibilidad de que una y otra de las posiciones enfrentadas resulten perjudicadas en la espera de la decisión definitiva del juicio ("*periculum in mora*"). Además de saberse que *la adopción de medidas cautelares en un procedimiento sancionador, no vulnera derechos constitucionales siempre que exista una norma jurídica que permita su adopción, se establezcan por resolución fundada en derecho y se basen en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes* (STS de 7 de febrero de 1996). En definitiva medidas cautelares previstas para evitar se consoliden, como bien aclaró RODRÍGUEZ-ARANA²⁸ "situaciones irreversibles que la indemnización a posteriori puede no restaurar".

²⁷ PALOMAR OLMEDA, A., "*Procedimiento Administrativo*", 2ª ed. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp.370 y GUTIERREZ COLOMINA, V., "Guía sobre el Procedimiento Administrativo común y Especialidades", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp.109 a 113.

²⁸ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., "*Las Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en España*", II

Caso de medida provisional solicitada fue la suspensión del procedimiento de adjudicación, pendiente un procedimiento administrativo relativo a la recuperación por un Ayuntamiento de la gestión y explotación de la estación depuradora de aguas residuales y la invocación de los derechos e intereses que en él le asistían, y que llevó a la Resolución nº 200/2013, 29 de mayo del TACRC a considerar que, si bien tiene relación con la situación jurídica de bienes necesarios por parte de la prestación del servicio que se pretende contratar, es jurídicamente ajena al procedimiento de contratación y por tanto al ámbito de competencia del TACRC, dada la naturaleza y finalidad del recurso especial en materia de contratos.

A su vez, solicitada una medida cautelar en el escrito de interposición de un recurso especial, deben considerarse aspectos como la tutela judicial efectiva en la ejecutividad del acto y su posible suspensión (STS nº 78/1996, de 20 de mayo) amén de la rapidez y eficacia del recurso especial.

Estas fueron las preocupaciones del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía que en su Resolución nº 82/2015, de 18 de agosto, recordó la jurisprudencia comunitaria (Asunto C-424/01 (ATJ de 9 de abril de 2003) donde se apuntó el

Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, Monterrey, 27-30 de abril, 2005, pp.447 y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., " *Nuevas medidas cautelares «positivas»: La imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de continuar un procedimientos, eliminando un obstáculo inicial sin apariencia de buen derecho. (Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de octubre de 1991)*", Revista da Administración Pública, nº126, Madrid, Septiembre-diciembre, 1991.



requisito de la ponderación de los intereses públicos para adoptarse la medida cautelar (también las SSTS 25 de febrero y 26 de septiembre de 2011). Sentencias que sumaron la existencia de estas premisas ya señaladas: la justificación de la medida, pues la mera alegación sin prueba no supondrá que la ejecución del acto impugnado ocasionará perjuicios de imposible o difícil reparación; el respeto ya señalado anteriormente al principio "periculum in mora" para que la medida permita que la futura resolución se ejecute de manera útil y al principio "fumus boni iuris" o apariencia de buen derecho. Razones que llevaron a la Resolución nº 82/2015, del Tribunal andaluz a la adopción de la medida de suspensión del procedimiento de adjudicación una vez apuntado que estas medidas cautelares no han de serlo por tiempo dilatado, que ya afectaría al interés público "que demanda la adjudicación y formalización del contrato de que se trate".

En definitiva, se trata de solicitar medidas provisionales para las que la ley no presenta una lista cerrada, pero sí que deberá acreditarse un perjuicio concreto y probado para el que se solicita la medida y que deberá tener por fin corregir las infracciones del procedimiento o impedir que se causen perjuicios a los intereses afectados.

II.2. Objetivo

En materia de contratación pública, para las medidas cautelares precontractuales²⁹, como requisitos del procedimiento (artículo 2.1.a/ Directiva de recursos

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.,. "Curso de Derecho Administrativo. Tomo. II", 11ª edición, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 659.

89/665) recordó NOGUERA DE LA MUELA³⁰ al analizar esta Directiva 89/665/CEE que según pronunciamientos jurisprudenciales “debe ser posible solicitar y, por tanto, obtener medidas provisionales en relación con cualquier decisión ilegal adoptada por una entidad adjudicadora antes de la interposición de un recurso sobre el fondo contra esa decisión; o dicho de otra forma: la norma interna de un Estado miembro que supeditara la solicitud de una medida provisional y, por tanto, su adopción a la previa o simultáneamente a la interposición de un recurso, no cumplirá con la exigencia prevista en la Directiva sobre recursos, pues el régimen previsto en esta concreta norma comunitaria se impone de acuerdo con el principio “lex specialis derogat generali” (STJUE de 15 de mayo de 2003, Asunto C-214/00).

Hoy se reconoce en el artículo 49.1 LCSP2017 a las personas legitimadas, sin la alternativa físicas y jurídicas, y denomina a estas medidas, como cautelares, no provisionales, estipulando: *“Antes de interponer el recurso especial, las personas legitimadas para ello podrán solicitar ante el órgano competente para resolver el recurso la adopción de medidas cautelares. Tales medidas irán dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, y podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato*

³⁰ NOGUERA DE LA MUELA, B., “El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE”, Revista Aragonesa de Administración Pública, nº Extra 10, 2008 ,pp.305.



en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación”.

II.3. Solicitud y efectos: suspensión de la adjudicación

Para conocer el plazo de solicitud de las medidas provisionales, señala el artículo 49.2 LCSP2017: *“El órgano competente para resolver el recurso deberá adoptar decisión en forma motivada sobre las medidas cautelares dentro de los cinco días hábiles siguientes a la presentación del escrito en que se soliciten.*

A estos efectos, el órgano que deba resolver, en el mismo día en que se reciba la petición de la medida cautelar, comunicará la misma al órgano de contratación, que dispondrá de un plazo de dos días hábiles, para presentar las alegaciones que considere oportunas referidas a la adopción de las medidas solicitadas o a las propuestas por el propio órgano decisorio. Si transcurrido este plazo no se formularan alegaciones se continuará el procedimiento. Si antes de dictar resolución se hubiese interpuesto el recurso, el órgano competente para resolverlo acumulará a este la solicitud de medidas cautelares. Contra las resoluciones dictadas en este procedimiento no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de los que procedan contra las resoluciones que se dicten en el procedimiento principal”. (Completándose la regulación con el régimen de medidas provisionales y garantías previsto en los artículos 25 a 27 RD 814/2015).

Audiencia que debe extenderse más allá del órgano de contratación en caso de impugnarse un acto de trámite estando en curso el procedimiento de adjudicación, concediéndose también a los licitadores con ofertas

presentadas. Audiencia que se otorga no sólo al órgano de contratación, sino también a los licitadores “en el mismo momento y por el mismo plazo para no se produzca demora alguna”. Y se propone por la doctrina igualmente, para evitar retrasar la resolución final, que por la brevedad de plazos y concentración de trámites, reducir la solicitud de estas medidas” al escrito de interposición, dar audiencias sobre las mismas (y sobre el fondo del recurso) al órgano de contratación y a los demás interesados, y si se quiere, resolver sobre ellas antes de emitir la resolución de fondo”³¹.

Por lo que hace a su aspecto temporal, la solicitud de las medidas provisionales que establece la Ley no recoge su petición posterior, como sugirió el Consejo de Estado (Dictamen nº 499/2010, de 29 de abril). Así se pueden tramitar antes de interpuesto el recurso o al interponer el recurso especial de manera previa a resolverse sobre estas medidas, en los cinco días siguientes, y así su resolución será acumulada. Y por lo que hace a su duración, dependerá cuándo sean solicitadas, pues si se adopta una medida antes de interponer el recurso y éste se interpone en plazo, su duración lo será hasta que se tome resolución sobre el fondo o la medida sea modificada, mientras que si se instan y adoptan antes de la interposición del recurso, las medidas perderán su vigencia cuando transcurra el plazo para presentar recurso sin que se hubiera materializado, momento en que el Tribunal, por transcurrir el plazo para interponer el recurso sin deducirlo, deberá declarar el fin de las citadas medidas.

³¹ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *“Los Recursos Especiales en Materia de Contratos del Sector Público”*, Ed. Thomson Reuters, ARANZADI, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp.158-159.



Para conocer los efectos de las medidas cautelares, el ordenamiento prevé la existencia de posibles daños derivados de su solicitud para lo que el apartado 3 del artículo 49 LCSP2017 prevé que *“cuando de la adopción de las medidas cautelares puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquellas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida. Reglamentariamente se determinará la cuantía y forma de la garantía a constituir así como los requisitos para su devolución que en todo caso deberán atender al principio de proporcionalidad y tener en cuenta el sujeto y el objeto afectados”*. Resultando novedosas la atención a prestar al principio de proporcionalidad, el sujeto y el objeto afectados. Precepto que tiene en mente la regulación del artículo 133 LJCA, definido como *“contracautela”*³², y que busca evitar o paliar los perjuicios de estas medidas cautelares (Autos TS 24 de marzo de 1994 y 6 de diciembre de 1994).

Por tanto, el fin de la adopción de las medidas cautelares es la suspensión del procedimiento de adjudicación, que no obstante encuentra excepciones. Por una parte, el artículo 43.4 LCSP2017 al reconocer que *“salvo que se acuerde lo contrario por el órgano competente, la suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados”*, siendo nueva la referencia al acuerdo contrario por el órgano competente. Precepto que fue objeto de interpretación en la Resolución nº948/2014,

³² GONZÁLEZ PÉREZ, J., *“Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), Tomo II”*, 4.^a edición, Ed. Civitas, Madrid, 2003, pp.2350.

de 18 de diciembre del TACRC velando por la seguridad jurídica, sin ceñirse a la exclusiva literalidad del precepto y siguiendo criterios fijados en el artículo 3.1 Código Civil (*:"Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas"*) y en la jurisprudencia (SSTS 14 de octubre de 1965 y 23 de marzo de 1950) en una utilización singular del "criterio teleológico (espíritu y finalidad de la norma), para llegar a la conclusión de que lo que ha pretendido el legislador es que el órgano competente para resolver el recurso pueda suspender el procedimiento de adjudicación del contrato a fin de, como señala el artículo 43.1 del TRLCSP, corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, pero sin que ello afecte, es decir, sin que se suspenda, el plazo para la presentación de las proposiciones. A juicio de este Tribunal, el legislador, en beneficio de la seguridad jurídica de los interesados en la licitación, ha querido establecer un plazo improrrogable para la presentación de ofertas en el procedimiento de contratación, transcurrido el cual, aunque se haya suspendido el procedimiento, se produce la preclusión y se pierde la oportunidad de presentarlas".

Medidas cautelares sobre las que destacar la previsión del artículo 56.3 LCSP2017 al reconocer que de forma simultánea al trámite de dar traslado del recurso a los restantes interesados para formular alegaciones por parte del órgano competente para la resolución del recurso, éste *"decidirá, en el plazo de cinco días hábiles, acerca de las medidas cautelares, si se hubiese solicitado la adopción de alguna en el escrito de interposición del recurso o se hubiera procedido a la acumulación, en el caso de que la solicitud de tales*



medidas se hubiera realizado con anterioridad a la presentación del recurso. Si las medidas cautelares se hubieran solicitado después de la interposición del recurso, el órgano competente resolverá sobre ellas en los términos previstos en el párrafo anterior sin suspender el procedimiento principal. En todo caso, las medidas cautelares podrán acordarse de oficio por el órgano competente en cualquier fase del procedimiento dando audiencia sobre ello al órgano de contratación autor del acto impugnado, por plazo de dos días". Así como que el artículo 49.5 LCSP2017 dispone que "las medidas cautelares que se soliciten y acuerden con anterioridad a la presentación del recurso especial en materia de contratación decaerán una vez transcurra el plazo establecido para su interposición sin que el interesado lo haya deducido" y finalmente en el momento de la resolución del recurso el artículo 57.3 LCSP 2017 estipula que se acuerde también "la resolución deberá acordar el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si en el momento de dictarla continuase suspendido, así como de las restantes medidas cautelares que se hubieran acordado y la devolución de las garantías cuya constitución se hubiera exigido para la efectividad de las mismas, si procediera".

Se deben tener en cuenta las consecuencias probables de las medidas provisionales para todos los intereses que puedan verse perjudicados, así como para el interés general, para decidir no conceder tales medidas si sus consecuencias negativas pudieran superar sus ventajas, añadiéndose en la normativa comunitaria, que la decisión de no concederlas no prejuzgará los demás derechos reivindicados por la persona que las solicite (artículo 2.5 Directiva 2007/66/CE de 11 de diciembre de 2007 por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta

a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos de recursos), aclarándose por RAZQUÍN LIZÁRRAGA³³ que de no determinarse los criterios para adoptar las medidas cautelares, habrá de acudirse a los fijados en la normativa y jurisprudencia comunitaria y en la LRJPAC y, aunque no previsto expresamente en la Directiva, poder así atenderse al "*fumus boni iuris*" (Auto del TJCE de 9 de abril de 2003, CS Austria, C-424/01)³⁴.

En definitiva un recurso especial rápido y eficaz contra decisiones adoptadas por poderes adjudicadores y entidades contratantes, de manera que si la finalidad del recurso especial es evitar que en las adjudicaciones de los contratos se produjesen situaciones irreversibles, la jurisprudencia (SSTS 23 de octubre de 2014 y 5 de noviembre de 2014) ha denegado la posibilidad de poder adoptarse como medida cautelar suspender la resolución por la que se anula la adjudicación de un contrato, siendo una resolución directamente ejecutiva (artículo 59.2 LCSP2017). En fin, medidas provisionales que, en todo caso, *"podrán acordarse de oficio por el órgano competente en cualquier fase del procedimiento dando audiencia sobre ello al órgano de contratación autor del*

³³ RAZQUÍN LIZARRAGA, J.A., " *El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público*", Revista General de Derecho Administrativo, nº 25, 2010, pp.37.

³⁴ BUENO ARMIJO ,A., y RODRÍGUEZ PORTUGUÉS , M.A., " *El "Fumus Boni Iuris" como criterio contrario al solicitante de medidas cautelares.¿ Un traidor entre los aliados? Comentarios a los autos del TSJ de Cataluña, de 16 y 17 de junio de 2006, sobre suspensión cautelarísima del referéndum sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña*", Revista de Administración Pública, nº 172, Madrid, Enero-abril, 2007, pp. 227-253.



acto impugnado, por plazo de dos días” (artículo 56.3 LCSP 2017).

II.4. Suspensión de la adjudicación

Si los efectos de la medida provisional tan sólo tienen validez durante el trámite del procedimiento del recurso especial en el que se han solicitado, no les resulte de aplicación el contenido del artículo 117.4 de la Ley 39/2015. Fuera de ellos la aplicación de la ley general del procedimiento administrativo seguirá los parámetros de subsidiariedad que se derivan de la Disposición final cuarta LCSP2017.

Es este lugar donde se puede traer a colación una defensa del necesario carácter obligatorio del recurso especial defendido desde mi punto de vista, a resultas del contenido del artículo 2.3 y 4 artículo y 2 bis/2 de la Directiva 89/665. En cuanto a la previsión nacional para desarrollar la Directiva, mientras que resultaba más escueto el artículo 45 TRLCSP que estipulaba que *“interpuesto el recurso, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación”*, el artículo 53 LCSP2017 añade que *“una vez interpuesto el recurso quedará en suspenso la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en el supuesto de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, sin perjuicio de las medidas cautelares que en relación a estos últimos podrían adoptarse en virtud de lo señalado en el artículo 56.3”* lo que llevara a VALCÁRCEL FERNÁNDEZ³⁵ a defender la obligatoriedad

³⁵ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *“Análisis de los rasgos y peculiaridades del recurso especial en materia de contratación*

del recurso pues su naturaleza potestativa supondrá un “lastre para garantizar el efecto útil de las Directivas de Recursos” y considerar que “la garantía de suspensión automática del procedimiento cuando se recurre la adjudicación que prevé la regulación del recurso especial, no se observaría tan automáticamente de interponerse un recurso contencioso-administrativo. Así es, a tenor de la regulación prevista para las medidas cautelares contenida en los artículos 129 y 130 de la LJCA³⁶, la suspensión del acto de adjudicación, que se traduce en la imposibilidad de formalizar el contrato, se adoptará, en su caso, si lo solicita una de las partes y acredita que la no suspensión puede hacer perder la finalidad legítima al recurso. Además, la medida cautelar puede denegarse cuando de su adopción pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, aspecto que habrá de ponderar el juez o Tribunal en forma circunstanciada. Por consiguiente, el carácter obligatorio del recurso especial puede ofrecer una protección jurídica al recurrente más rápida y eficaz, acorde con la Directiva 89/665/CEE, sobre todo si a través del mismo se consigue garantizar que eventuales infracciones puedan ser corregidas antes de la celebración del contrato, lo que claramente está

pública: en la senda hacia el cumplimiento efectivo del derecho a una buena administración”, XI Congreso anual de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Zaragoza, 2016.

³⁶ TERRERO CHACÓN, J.L., “Medidas cautelares”, en *“Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, (Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, (Dir. ARNALDO ALCUBILLA, E., y FERNÁNDEZ VALVERDE, R.), 2ªed, Ed. La Ley, Madrid, 2006, pp.1079 a 1135.*



ocurriendo con la configuración del recurso que tenemos actualmente”.

Suspensión del expediente que supone afectar a distintos actos: al acto de adjudicación, a la solicitud de presentar las certificaciones o a la formalización del contrato (artículo 153.3 LCSP2017).

La potestad de la suspensión o su levantamiento del procedimiento contractual, no será discrecional, sino que depende de la observancia por el tribunal de alguna causa habilitante para acordarla, por cuanto habrá de basarse en la previa ponderación de intereses que impone el artículo 2.5 de la Directiva 2007/66/CE y manifestarse de forma expresa y motivada en la resolución correspondiente. (Resolución nº 186/2017, de 18 de diciembre (FD4) del TACPCan). Ahora bien, por su propia naturaleza, estas medidas son provisionales, de manera que por lo que hace al levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación, que provocará la continuación del procedimiento, habrá de acudirse al momento de la resolución según reconoce artículo 57.3 LCSP 2017 al estipular que *“la resolución deberá acordar el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si en el momento de dictarla continuase suspendido, así como de las restantes medidas cautelares que se hubieran acordado y la devolución de las garantías cuya constitución se hubiera exigido para la efectividad de las mismas, si procediera”*.

III. INICIO DEL PROCEDIMIENTO

Procedemos al análisis del procedimiento del recurso especial en materia de contratación sin perder de vista la previsión de ser un instrumento útil y eficaz. Notas

que no están reñidas con la agilidad que la contratación pública electrónica nos ofrece y que es razón para que el artículo 38 del Real Decreto 814/2015 reconozca: *"1. La tramitación de los escritos de interposición de recurso, las alegaciones de los interesados y demás escritos a presentar al Tribunal, así como las comunicaciones y notificaciones a realizar en el procedimiento, la remisión del expediente, así como la consulta del estado de tramitación de la resolución y cualesquiera otros trámites necesarios para el desarrollo del procedimiento se realizarán por vía electrónica. 2.No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, se admitirá la tramitación en soporte papel del procedimiento, para aquellos supuestos en que los interesados justifiquen ante el Tribunal su imposibilidad de acceso a la tramitación electrónica del mismo"*, y que será una Orden ministerial (formulario electrónico general previsto en el artículo 11 de la Orden HAP/547/2013, de 2 de abril, por la que se creó y reguló el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas) la que concrete las condiciones y requisitos técnicos para la tramitación electrónica del procedimiento (artículo 39).

Esta realidad se materializó en que, al tener que presentarse el escrito de interposición de recurso al Tribunal por vía electrónica, resultó inadmitido por la Resolución nº 510/2017, de 8 de junio TACRC, el recurso presentado en soporte papel al incumplir esta la obligación y sin que se hubiera presentado justificación alguna de la imposibilidad de acceso a dicho modo de tramitación, por ser considerado como cauce específico y preceptivo para la tramitación del recurso especial en materia de contratación (Resolución nº 411/2016 de 27 de mayo del TACRC).



III.1. Anuncio previo y escrito inicial: plazos

III.1.1. El anuncio previo y escrito de interposición

Directamente vinculado a la seguridad jurídica es el cumplimiento de los plazos de impugnación.

La regulación del comienzo del procedimiento se preveía en el TRLCSP (artículo 44.1) de un anuncio, que ya no contempla la LCSP2017 (artículo 50). Anuncio como posibilidad para los Estados miembros de exigirlo a quien deseara interponer el recurso como remarcó la Directiva 89/665/CEE, en su artículo 1.4, de informar *"previamente al poder adjudicador de la presunta infracción y de su intención de presentar recurso, siempre que ello no afecte al plazo suspensivo a que se refiere el artículo 2 bis, apartado 2, ni a cualesquiera otros plazos de interposición de recurso conforme al artículo 2 quater"*. Previsión limitada a una serie de requisitos, básicamente el plazo, lo que permite pensar sea exigido en el mismo tiempo que la interposición del recurso. De manera que se convertía en requisito formal, por ser posible que los dos escritos se presentasen prácticamente al mismo tiempo, y así, en caso de incumplimiento, provocar tener por desistido al recurrente³⁷. Así que no se pueda impugnar cuando ha transcurrido el plazo legal, pues en caso contrario "se defraudaría la confianza legítima de los competidores convencidos de la regularidad del procedimiento de licitación" plazos para la realización del principio de

³⁷ MENÁNDEZ SEBASTIÁN, E. M^a., *"Virtualidad práctica del recurso especial en materia de contratación pública: Una figura inacabada"*, Revista de Administración Pública, nº 188, Madrid, Mayo-agosto, 2012, pp.369.

eficacia y celeridad y limita riesgos de recursos abusivos (Resolución nº 143/2016 de 20 de julio del TACPCMad).

Se reconoce que los medios de impugnación de actos o recursos tienen la naturaleza propia de su contenido independientemente de su calificación (Resolución nº 18/2012, de 18 de enero del TACRC) por lo que la trascendencia del antiguo anuncio era muy relativa, por cuanto su ausencia no impedía la admisión del recurso si se formulaba dentro del plazo de quince días hábiles. Esta omisión fue calificada por el TACRC (Resolución nº 740/2017, 5 de septiembre) como mera irregularidad no invalidante que no impedía un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. En este mismo sentido se pronunció la Resolución nº 45/2012, de 3 de mayo del TARCAnd, que reconoció en su FD5º, que no constando el anuncio previo del recurso, es criterio a seguir sobre las consecuencias de esta ausencia, lo resuelto en la Resolución nº 23/2012, al afirmar que “la falta del citado anuncio debe entenderse suplida, por razones de eficacia procedimental, con la interposición del recurso directamente en el registro del órgano de contratación, pues, a través de esta vía, dicho órgano tuvo ya conocimiento del recurso que es, en realidad, la finalidad pretendida por el anuncio previo” (Resoluciones nº 18/2012, nº 874/2014 de 28 de noviembre y nº 875/2014 de 28 de noviembre del TACRC). Y en el caso de anunciarse el recurso previamente al órgano de contratación, el cómputo del plazo se refiere a la presentación del recurso y no a su anuncio previo (Resolución nº 886/2014, 28 de noviembre).

Por lo que hace al lugar de presentación del escrito de interposición, según el artículo 51.3 LCSP2017, podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso, y en cualquiera de los registros y oficinas donde



los ciudadanos podemos presentar las solicitudes, escritos y comunicaciones donde dirigirnos a los órganos de las Administraciones Públicas, sabiendo que no obstante deberá cumplirse el plazo de llegada de este anuncio al órgano de contratación (artículo 16.4 de la Ley 39/2015). A lo que saber que, si se presenta en registros distintos de los dos citados específicamente, *"deberán comunicarse al Tribunal de manera inmediata y de la forma más rápida posible"*. Para facilitar este trámite, el artículo 51.4 LCSP20147, obliga al órgano competente para la resolución del recurso a publicar a través de su página web, *"mediante resolución de su Presidente, las direcciones de registro en las que debe hacerse la presentación de los escritos para entenderla efectuada ante el propio Tribunal"* (Resolución nº 257/2011, de 26 de octubre, (FD2º) del TACRC).

Pues bien, hoy el inicio del procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito. Así comienza el artículo 50.1 LCSP2017 directamente y sin mencionar el requisito del anuncio, pues se eliminó dudándose de su utilidad cuando su fin era solo anunciante y porque a pesar que el apartado 1 del artículo 44 lo fijaba para "anunciarlo previamente", se podía presentar el mismo día de interponer el recurso.

Aclarar además que hoy el contenido del escrito que da comienzo al procedimiento se enumera en el artículo 51.1 LCSP2017, en particular: se indicará el acto recurrido para evitar imprecisiones o divagaciones como solicitar impugnarse todos los actos de la Mesa de contratación o las practicas irregularidades en el expediente (Resoluciones nº 90/2011 y nº 855/2014); el motivo jurídico que fundamente el recurso demostrando que se vulneró el ordenamiento y sin olvidarse la función revisora del tribunal. Si bien la práctica de los tribunales ha oscilado entre la inadmisión

del recurso a pesar de su incumplimiento (Resolución nº152/2011) o entrar a conocerlo, no obstante, la falta de referencia o imprecisiones al motivo o infracción alegado (Resolución nº50/2015); los medios de prueba de que pretenda valerse el recurrente y, en su caso, las medidas cautelares cuya adopción solicite.

Contenido del escrito de recurso que de necesitar ser subsanado, se hará conforme el artículo 51.2 LCSP2017, requiriendo al interesado para que en *“tres días hábiles desde el siguiente a su notificación, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, quedando suspendida la tramitación del expediente con los efectos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. La presentación de documentación subsanada se hará, necesariamente, en el registro del órgano competente para la resolución del recurso”*.

III.1.2. El acceso al expediente y la confidencialidad

El inicio del procedimiento se produce con el escrito de interposición (50.1 LCSP2017). No obstante, tan solo por su novedad y antes de entrar en el análisis del escrito de interposición, se concede al interesado en la LCSP2017 la opción de acceder al expediente antes de proceder a dicha interposición, no regulada de manera expresa en el TRLCSP.

Previsto en el artículo 52 LCSP2017, en la línea del artículo 53 de la Ley 39/2015 que enumera los derechos del interesado en el procedimiento administrativo.



Acceso al expediente como fase procedimental con base en el más global derecho a la información, concretado por LUCAS VERDÚ³⁸ como “esencia del sistema democrático que institucionaliza la participación de todo el pueblo en la organización y ejercicio del poder político mediante la intercomunicación y diálogo permanentes entre gobernantes y gobernados”, y por PIÑAR MAÑAS³⁹ quien de manera continua impulsa y delimita cómo refundir en nuestro ordenamiento jurídico la privacidad con el derecho de acceso a la información pública que considera como un derecho fundamental, advirtiendo que “el derecho de acceso no solo es imprescindible para la construcción de una sociedad democrática y participativa (en este sentido son esenciales las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia en el asunto Access Info Europe), sino que es imprescindible para el libre desarrollo de la personalidad frente a los poderes públicos. El ser humano tiene derecho a conocer la actuación de los poderes, incluidas las motivaciones de las decisiones adoptadas, y el uso que se hace de los fondos público” con reflejo en regulaciones internacionales⁴⁰ suponiendo una protección cuya

³⁸ LUCAS VERDÚ, P., *Curso de Derecho Político. Volumen II*, Ed Tecnos, Madrid, 1983, pp. 242.

³⁹ PIÑAR MAÑAS, J.L., *Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno*, Revista catalana de dret públic, nº49, diciembre, 2014, pp.7 y 8.

⁴⁰ La Recomendación 19/2001 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la participación de los ciudadanos en la vida pública en el nivel local. La Decisión del Consejo de la Unión 2004/100/CE, de 26 de enero, por la que se establece un Programa de Acción comunitario para la promoción de la ciudadanía europea activa. Los Reglamentos 1049/2001, del Parlamento Europeo

importancia destaca con frecuencia PIÑAR MAÑAS⁴¹ por adquirir “una trascendencia incuestionable” y “ser manifestación de la dignidad de la persona”.

Regulación sobre el derecho a la información concretada en la institución del recurso especial en la postura inicial del TACRC (Resoluciones nº 199/2011 y nº 233/2011) apoyándose en el Informe nº 40/1996 JCCA, para quien el órgano de contratación no viene obligado a dar vista del expediente a los licitadores que lo soliciten, pero sí a notificar adecuadamente los extremos relativos a la adjudicación. Hoy no obstante, se ha reconducido esta interpretación como demuestra la Resolución nº 272/2011 del TACRC sosteniéndose que, si bien es cierto que una correcta notificación puede hacer innecesario el acceso al expediente por parte de quienes tengan la

y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión y Reglamento 1367/2006, del Parlamento europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Acompañados por las Directiva 2003/35/CE y Directiva 2003/4/CE relativa al acceso del público a la información medioambiental, incorporada al ordenamiento español en la materia que nos interesa por la Ley 27/2006, de 18 de julio, de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

⁴¹ PIÑAR MAÑAS, J.L., “*Administración electrónica y protección de datos personales*”, Derecho Monográfico: Estudios sobre la modernización administrativa, 2011, pp. 161-162 y “Sociedad, Innovación y Privacidad”, Revista de Economía, ICE (Información Comercial Española), en “*El cambio digital en la economía. Un proceso disruptivo*”, nº897, Julio-agosto, 2017, pp.70.



condición de interesados en el procedimiento de licitación al objeto de interponer recurso especial suficientemente motivado, ello no exime de la obligación que incumbe al órgano de contratación de conceder a los interesados en el procedimiento el derecho de información del expediente, el cual se encuentra amparado por el artículo 13 d/ Ley 39/2015⁴². Existiendo el principio de transparencia como medio para “reequilibrar la posición del ciudadano en sus relaciones con la Administración⁴³ en el ámbito del reconocimiento constitucional del derecho de los ciudadanos al acceso a expedientes administrativos, se prevé en el artículo 105 CE.

Mientras que en la Resolución nº 272/2011 del TACRC se sostuvo que “si bien es cierto que una correcta notificación puede hacer innecesario el acceso al expediente por parte de quienes tengan la condición de interesados en el procedimiento de licitación al objeto de interponer recurso especial suficientemente motivado, ello no exime de la obligación que incumbe al órgano de contratación de conceder a los interesados en el procedimiento el derecho de información del expediente el cual se encuentra amparado por el artículo 35 de la LRJPAC, que en su apartado a) reconoce expresamente el derecho de los ciudadanos a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos

⁴² Criterio favorable a reconocer la obligación de dar vista del expediente a los licitadores, si así lo solicitan, se mantiene también por el TACPCMad (Resolución nº 52/2011) y por el TACPA (Resolución nº 5/2011 y Acuerdo nº 20/2012).

⁴³ GALLARDO CASTILLO, M^a .J., “*Transparencia, poder público y derecho a la información*”, Cuadernos Manuel Giménez Abad, nº 8, Diciembre, 2014.pp.159.

en ellos". En definitiva que es fundamento y fin de este procedimiento de recurso especial, que no existe el derecho a obtención de copias, sino a la consulta del expediente (Acuerdo nº 36/2017, de 21 de marzo de 2017, FD2º, del TACPA) para reafirmar su doctrina reflejada en su Resolución nº 5/2013, de 30 de abril de 2013.

Junto al derecho al acceso al expediente, en la otra cara de la moneda, englobada en el principio de la seguridad jurídica, está la confidencialidad en la contratación pública.

Confidencialidad que es objeto de distintos reflejos en la nueva normativa de contratos públicos según un criterio de reciprocidad⁴⁴ en el trato de la información que impide divulgar a los órganos de contratación la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial: secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas (artículo 133); los artículos 150 y 151 en casos de clasificación de las ofertas, la adjudicación del contrato y la notificación de la adjudicación; el artículo 175 para que en el diálogo competitivo con los candidatos el órgano de contratación no pueda revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que éste les comunique sin previo acuerdo del licitador ; el artículo 318 para la adjudicación de los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada, los somete entre otros,

⁴⁴ OLIVARES HORTAL, A., "Confidencialidad y transparencia en contratación pública", Revista del Gabinete Jurídica de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, (GABILEX), nº7, Septiembre , 2016.



al principio de confidencialidad; el artículo 346 sobre el Registro de Contratos del Sector Público.

Y de manera concreta, encuentra su expresión este principio de la confidencialidad en sede del recurso especial en estos términos del artículo 56.5 LCSP 2017: "*El órgano competente para la resolución del recurso deberá, en todo caso, garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver. Corresponderá a dicho órgano resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que, por ello, resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento*".

Acceso al expediente pues en el que ponderarse dos principios, la confidencialidad y la transparencia. De esta manera que constando "en la documentación del expediente que se ha tenido acceso a todos los documentos del mismo y a las muestras, salvo a la memoria descriptiva y los informes de laboratorio, documentos declarados confidenciales puesto que pueden afectar a datos o secretos técnicos" se concluyó que "no todos los documentos han sido declarados confidenciales y sus alegaciones no concuerdan fielmente con la realidad de los hechos" (Resolución nº141/2016 de 20 de julio, FD5, del TACPCMad). Son dos principios pues que en su balance obligan a la motivación en caso de denegarse el acceso, sabiendo que, en cualquier caso, la confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta de los licitadores.

Principio de confidencialidad que sirvió para argumentar el correcto rechazo de una oferta de un licitador, a causa de que el sobre que la contenía se había presentado abierto en las instalaciones del poder adjudicador (STJUE de 3 de mayo de 2017, asunto T 200/16). Decisión fundamentada en que las condiciones de presentación de la oferta no garantizaban una competencia real entre los licitadores ni una confidencialidad de su contenido hasta el momento de la apertura simultánea de las ofertas. Reflexión que obligaba a que las ofertas se presenten en sobres cerrados (Resolución nº 28/2017, de 13 de enero del TACRC)⁴⁵.

Por lo que hace a esta confidencialidad en sede del recurso especial y debido a la amplia legitimación tanto para interponer el recurso especial como solicitar las medidas provisionales, se debe distinguir, específicamente BASSOLS COMA⁴⁶ entre la documentación aportada por el órgano de contratación, que constituye propiamente el expediente de contratación, integrado por toda la documentación generada por la licitación de los contratos, más, en su caso, el contenido de los distintos documentos técnicos y ofertas de todos los licitadores participantes y la documentación generada en el seno del procedimiento del recurso (escrito de interposición, alegaciones de las partes, pruebas y resolución del

⁴⁵ RODRÍGUEZ PÉREZ, R., *“Confidencialidad de las ofertas: valoración de lo que debe entenderse confidencial”*, Contratación Administrativa Práctica, nº 148, Sección La administración opina, Editorial Wolters Kluwer, Marzo, 2017.

⁴⁶ BASSOLS COMA, M., *“La confidencialidad en la resolución del recurso especial en materia de contratación en el sector de la defensa y la seguridad pública y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales”*, Revista Documentación Administrativa (DA), nº 288, Septiembre-diciembre, 2010, pp.118.



recurso). Esta distinción, analizada sobre la ley 30/92, es relevante a los efectos de la aplicación de los preceptos sobre audiencia de los interesados de la Ley 39/2015 en la fase de instrucción (artículo 82.1) que tiene en cuenta las limitaciones previstas en su caso en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y los relativos a la Defensa nacional y seguridad del Estado, así como en la vía de recurso (artículo 118). Nueva regulación de la ley 39/2015, que en materia de recursos se calificó por BAÑO LEÓN⁴⁷ de “decepcionante” por su inmovilismo sin otra razón que mantener el “statu quo” que solo beneficia a la Administración.

Sobre esta confidencialidad es notoria la crítica que la regulación del proyecto de la Ley 39/2015 suscitó en SANTAMARÍA PASTOR⁴⁸ por no abordarse “el cada día más acuciante tema de la confidencialidad de los datos e informaciones privadas en poder de la Administración y su polémica puesta de manifiesto en los procedimientos en los que tiene lugar un enfrentamiento entre operadores económicos privados, como son los de defensa de la competencia y, sobre todo, los de carácter contractual. No siendo inusual que algunas empresas sin escrúpulos participen en licitaciones que no tienen posibilidad alguna de lograr, con objeto de impugnar la adjudicación e intentar tener acceso al contenido de las

⁴⁷ BAÑO LEÓN, J.M., “ *La reforma del procedimiento. Viejos problemas no resueltos y nuevos problemas no tratados*”, Documentación Administrativa (DA), nº 2, Enero-diciembre, 2015, pp.3.

⁴⁸ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “ *Los proyectos de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público: Una primera evaluación* ”, Revista Documentación Administrativa (DA), nº 2, Enero-diciembre, 2015, pp.12 y 13.

ofertas en el procedimiento de recurso ante el correspondiente tribunal de recursos contractuales: basta leer las resoluciones de dichos tribunales para percatarse de estas estrategias”.

Lo que nos puede hacernos plantear si se paraliza o no el plazo para la interposición del recurso. Al respecto se pronunció la Tribunal de Contratos madrileño, para aclarar que si bien con carácter general en aplicación del principio de seguridad jurídica este plazo de interposición del recurso es improrrogable (Resolución nº 169/2014, de 1 de octubre del TACPCMad) “siempre y cuando el recurso se base en lo examinado en el expediente por tratarse de cuestiones no reflejadas en la resolución notificada, procede la interrupción del plazo de interposición del recurso desde la fecha de solicitud hasta la puesta a disposición del expediente en que se reanuda” (Resolución nº147/2015 del TACPCMad); esto, no obstante, “a efectos del cómputo de plazo, especificar que a diferencia de supuestos como denegar indebidamente el acceso al expediente, el plazo se reanuda, no se reinicia, dando por transcurridos los días que van desde la notificación a la petición de acceso”.

En el caso de que el acceso a los pliegos alegado en determinado recurso, se hubiera facilitado por medios electrónicos, resulta aplicable el criterio manifestado por el TACRC (por todas, Resoluciones nº 139/2011, de 11 de mayo de 2011, nº 228/2011, de 21 de septiembre de 2011, o nº 16/2012, de 13 de enero de 2012) respecto del “dies a quo”, o momento inicial en el cómputo del plazo de quince días para recurrir los pliegos, criterio con arreglo al cual “ante la imposibilidad de acreditar de forma fehaciente el momento a partir del cual los licitadores o candidatos han obtenido los pliegos cuando a éstos se acceda por medios electrónicos, la única solución, entiende este Tribunal, es considerar como



fecha a partir de la cual comienza a computarse el plazo para recurrir los pliegos el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los mismos". Pues bien, aplicando este criterio, se concluyó que el recurso había sido interpuesto dentro de plazo (Resolución nº 212/2013 de 5 de junio del TACRC).

III.1.3. El escrito de interposición: plazos

Sobre el escrito de interposición y su plazo existe una diferencia relacionada con la nueva extensión del objeto del recurso especial en la nueva regulación. De manera que mientras en el TRLCSP se establecía el plazo general de interposición, añadiendo diferencias para su cómputo según el objeto impugnado, ahora la LCSP2017 (artículo 50.1) delimita ese mismo cómputo, de quince días hábiles, según se recurra el anuncio de licitación, el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, la adjudicación del contrato, se interponga en relación con alguna modificación basada en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 o contra un encargo a medio propio, añadiendo en el segundo apartado, el cómputo del plazo, al fundar el recurso en alguna de las causas de nulidad previstas en el apartado 2, letras c), d), e) o f) del artículo 39.

Plazo que se *computará según el acto impugnado* (artículo 50.1):

a) Contra el anuncio de licitación, a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil de contratante.

b) Contra los pliegos y demás documentos contractuales, a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante. En el caso del procedimiento negociado sin publicidad el cómputo del plazo comenzará desde el día siguiente a la remisión de la invitación a los candidatos seleccionados.

c) Contra actos de trámite o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.

d) Contra la adjudicación del contrato a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.

e) En relación con alguna modificación basada en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación, desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante.

f) Contra un encargo a medio propio por no cumplir los requisitos establecidos en el artículo 32 de la



presente Ley, desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante.

g) En todos los demás casos, el plazo comenzará a contar desde el día siguiente al de la notificación realizada de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional decimoquinta”.

Apuntar estas novedades según el objeto del recurso: la letra a/ cuando se recurra el anuncio de licitación, se añada que la publicación sea “*en el perfil de contratante*”. Además, en esta letra, su último párrafo aclara que “*con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho*”. La razón de ser de esta nueva previsión la encontramos en la consideración contante en la jurisprudencia de “*contractus lex*” -el contrato es ley para las partes- que tienen las cláusulas contractuales, incluidas las de los pliegos, cuando se ha producido la adjudicación del contrato (Dictamen nº1.116/2015, 10 marzo de 2016, Consejo de Estado). Recordar pues doctrina jurisprudencial asentada hace años (SSTS de 20 de marzo de 1972 y de 31 de marzo de 1975) como recordó en su Dictamen el supremo órgano consultivo, que “al haber sido aceptada -ante la ausencia de impugnación- la regla de que el pliego de condiciones es la ley del contrato con fuerza para ambas partes, ésta impediría a quien ha aceptado el pliego, impugnar a posteriori sus consecuencias o determinaciones, ya que quien presenta una propuesta para tomar parte en una licitación acepta e implícitamente da validez, a lo actuado. Por esta misma razón, que el acto de presentar el licitador su

proposición, convierte a su presentación en “aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna” (artículo 139.1 LCSP 2017).

De este elemental principio, siguiendo la Resolución nº 1111/2017, de 24 de noviembre del TACRC, se infiere, no poder admitirse a licitación las proposiciones que no se ajusten estrictamente a los referidos Pliegos (Resolución nº 94/2013 y nº 169/2014, de 28 de febrero del TACRC).

Criterios a seguir por cuanto en el caso de que el PCAP prevea expresamente la exclusión de aquellas ofertas que no se ajusten al PPT (Resolución nº 208/2014, de 14 de marzo) no olvidar ser un presupuesto erróneo pues, aunque lo deseable es que los Pliegos previeran todas las incidencias que puedan darse en el procedimiento de licitación y en la vida misma del contrato resultante, ello es un desiderátum de imposible cumplimiento” (STGUE de 10 de diciembre de 2009, asunto T-195/08).

Resulta además novedoso que en este mismo artículo 50.2 LCSP2017 se especifique y añada el cómputo del plazo al fundar el recurso en alguna de las causas de nulidad previstas en el apartado 2, letras c), d), e) o f) del artículo 39 (falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante cuando sea preceptivo según el artículo 135, inobservancia de ciertas reglas de plazo para la formalización del contrato, formalizar el contrato, si se interpuso el recurso especial sin respetar la suspensión automática del acto recurrido en los casos en que fuera procedente, o la medida cautelar de suspensión acordada o incumplir las normas de adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco celebrado con varios empresarios o de los contratos específicos basados en un sistema dinámico de



adquisición en el que estuviesen admitidos varios empresarios, siempre que dicho incumplimiento hubiera determinado la adjudicación del contrato de que se trate a otro licitador). Plazo de interposición que será:

“a) Treinta días a contar desde la publicación de la formalización del contrato en la forma prevista en esta Ley, incluyendo las razones justificativas por las que no se ha publicado en forma legal la convocatoria de la licitación o desde la notificación a los candidatos o licitadores afectados, de los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor. b) En los restantes casos, antes de que transcurran seis meses a contar desde la formalización del contrato”.

A lo que sumar que presentado el escrito de interposición ante el órgano de contratación “producirá, además, los efectos del anuncio de recurso” (artículo 17 RD 814/2015) pudiendo el recurrente solicitar al Tribunal, la devolución de la documentación que acompaña al escrito de interposición o de alegaciones “acompañados de copia, previo el cotejo de esta”, que le será devuelta como regla general salvo criterio contrario y motivado del Tribunal y cuya devolución no se producirá hasta la resolución (artículo 20 RD 814/2015).

La interposición del recurso especial y la consecuencia de hacerlo en plazo es requisito de seguridad jurídica, eficacia y celeridad, por eso que se considere norma de orden público.

Analicemos a continuación los plazos de interposición particularizado en estas actuaciones, actos y decisiones objeto del recurso especial: el anuncio de licitación, los pliegos, los actos de trámite y la adjudicación.

III.1.3.a/. Recurso contra el anuncio de licitación

Interpuesto el recurso contra el anuncio de licitación, según el artículo 50.1.a/ LCSP2017: *"El plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil de contratante"*.

Respecto a la obligación de remitir de oficio a los licitadores la información que les permita determinar si ha existido o no una infracción para, eventualmente, plantear un recurso, el problema que puede surgir es que la información que contenga la notificación de la adjudicación sea demasiado genérica de manera que no pueda individualizarse en relación con algún licitador imposibilitando la eficacia del recurso (STJUE de 23 de diciembre de 2009 (Asunto C- 455/08, Comisión Europea/Irlanda, apartado 32). En tales casos, podría defenderse que el plazo para la interposición del recurso no inicia su cómputo, en tanto los licitadores no reciban la información suficiente que les permita, en su caso, fundar el recurso, resultando en su caso ser causa de nulidad (Resolución nº 6/2013, de 28 de mayo de 2013 del TACPA y Resoluciones nº 047/2013 del TACRC).

En conclusión, es clave a efectos del cómputo de los quince días hábiles, la remisión de la notificación por el órgano de contratación y no el de la recepción, así como que hoy el artículo 51.3 LCSP2017 admite que el escrito de interposición, sea presentado en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso. Además de habilitarse a que de presentarse en registros distintos de los dos citados específicamente en el párrafo anterior,



deberán comunicarse al Tribunal de manera inmediata y de la forma más rápida posible, siendo ésta una norma para los recursos en materia de contratación a aplicar de manera preferente a la normativa de procedimiento administrativo común (Resolución nº 236/2015 de 13 de marzo de 2015 TACRC)⁴⁹.

Notificaciones que según criterio jurisprudencial se decanta por su naturaleza de acto administrativo. Así para la STS 20 de mayo 1980 "toda notificación es un acto administrativo de naturaleza procedimental que se da en función de otro y que tiene por finalidad poner este último en conocimiento del interesado por afectar a sus derechos o intereses", o según la STS 20 de junio de 2007 "la notificación puede conceptuarse como el acto administrativo que tiende a poner en conocimiento de las personas a que afecta un acto administrativo previo" resultando que para estas notificaciones, según el Auto del Tribunal Supremo 17 de marzo de 1949, "tiene por objeto el de dar a las partes el debido conocimiento de los acuerdos que les interesan, para que puedan ejercitar los recursos que estimen procedentes". Como explican las SSTC nº 78/1991, de 15 de abril y nº 63/2006, de 27 de febrero: "La instrucción de recursos que ha de hacer la Administración (...) no se da sólo en favor del interés individual de quien pueda recurrir, sino que está al servicio, también, del interés institucional en la correcta iniciación y tramitación de los procesos"⁵⁰.

⁴⁹ Gómez-Acebo & Pombo Abogados, Grupo de Contratos del Sector Público, *"El recurso especial en materia de contratación: el manejo de los plazos y de los segundos y ulteriores recursos"*, nº65, 2015.

⁵⁰ IZU BELLOSO, M.J., "El «pie de recursos» y la notificación de los actos administrativos", *Revista de Administración Pública*, nº 193, Madrid, Enero-abril, 2014, pp.200 y 207.

La regulación de la contratación pública tiene por objeto “hacer coincidir el cómputo del plazo entre la adjudicación y la formalización con el plazo para la interposición del recurso especial, de modo que ambos se cuenten siempre desde la misma fecha para todos los interesados al ser único y común para todos” (Resoluciones nº99/2013 y nº582/2014, de 24 de julio de 2014 del TACRC). Doctrina que llevada al caso concreto en las Resoluciones nº 865/2014, de 20 de noviembre del TACRC y nº 41/2012, de 19 de abril, nº 71/2012, de 11 de julio del TACPCMad resolvieran la inadmisión del recurso por extemporáneo

Con carácter general para la determinación del día inicial del cómputo del plazo para el ejercicio de cualquier recurso o acción frente a las Administraciones públicas, rige el principio de la “actio nata”, lo que implica el conocimiento del contenido del acto a recurrir. Dicho conocimiento, según la Resolución nº 116/2012, de 20 de septiembre del TACPCMad, se presume posible en todo caso, cuando se trate de actos objeto de publicación, cuando la misma se produce, pero en el caso de actos dirigidos a sus destinatarios, tal momento se sitúa con carácter general en la recepción de la correspondiente notificación. Además, para garantizar el principio de seguridad jurídica la jurisprudencia comunitaria consideró que los plazos deberán ser claros evitando incertidumbres al respecto (STJUE de 28 de enero de 2010, Comisión/Irlanda) sin que puedan verse «modulados» discrecionalmente por el ente contratante (STJUE de 28 de enero de 2010, Uniplex), ni tampoco, evidentemente, por los licitadores recurrentes.



Ahora bien, recordando la doctrina del TACRC es destacable la opinión de GONZÁLEZ –VARA IBÁÑEZ⁵¹ para quien “si no se presenta el recurso especial en plazo debido, se entiende éste, no obstante, admisible en caso de que la notificación haya omitido los requisitos legalmente establecidos. Es decir, si el Tribunal entiende que la notificación fue defectuosa, el plazo no empezó a transcurrir legalmente, sino a partir de que se subsanen los defectos apreciados. Existen, entonces, reglas de Derecho que se han venido desarrollando, en torno a esa necesidad de notificar con la información suficiente para recurrir. Sería ilegal la adjudicación si no se desprenden de ella las razones por las que se descarta la oferta de un licitador en contra de otro, o si se considera toda la oferta del adjudicatario como confidencial denegando el derecho a la información de tal oferta, o si simplemente no se aporta dato alguno de la oferta de la adjudicataria. El órgano de contratación no tiene por qué conceder toda la información disponible, ni las ofertas completas necesariamente, pero ha de velar por que la información otorgada sea suficiente como para que el licitador no conforme pueda defenderse, pasando a ser la idea inspiradora la de ausencia de indefensión tan propia del mundo de la justicia. La confidencialidad no puede ser una excusa para burlar el derecho de defensa, debiéndose llegar a un equilibrio entre confidencialidad y transparencia” (STJUE 12 de marzo de 2008, Evropaiki Dynamiki. T-345/03).

⁵¹ GONZÁLEZ–VARA IBÁÑEZ, S., *“El particular entendimiento de la publicidad y de la transparencia en fase de licitación”*, Contratación Administrativa Práctica, nº 142, Sección Reflexiones, Marzo, 2016, Editorial LA LEY. (Así por ejemplo en la Resolución nº 199/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

Toda vez que “el plazo para interponer recurso se inicia con la remisión de la notificación, no con su recepción, con objeto de hacer coincidir el cómputo del plazo entre la adjudicación y la formalización con el del plazo para la interposición del recurso especial, de modo que ambos se cuenten siempre desde la misma fecha para todos los interesados al ser único y común para todos” (Resoluciones nº 551/2013 del TACRC e Informe nº 9/2016, de 18 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón).

III.1.3.b/. Recurso contra el contenido de los pliegos

Si el recurso especial se interpone contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, su regulación se preve en el artículo 50.1.b/ LCSP2017, regulación que nos conduce a la previsión normativa sobre la información a los licitadores, prevista en el artículo 138 LCSP2017. Tan solo señalar en este momento la claridad con que la nueva regulación⁵² da

⁵² PINTOS SANTIAGO, J., “*Principales novedades en la Ley de Contratos del Sector Público*”, Xornada práctica sobre a aplicación da nova Lei de Contratos do Sector Público no ámbito local, Deputación de Pontevedra, 12 de abril de 2018. CAMPOS ACUÑA, C., “*10 Novedades sobre Transparencia e Integridad en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*”, El Consultor de los Ayuntamientos, nº 22, Sección Zona Local / Observatorio de Transparencia, Quincena del 30 Nov. al 14 Dic. 2017, Ref. 2718/2017, pp. 2718, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY y MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “*Diez actuaciones esenciales que hemos de realizar los aplicadores de la LCSP antes de su entrada en vigor*”, El



cumplimiento al mandato de velar por el respeto al principio de la publicidad y transparencia e igualdad de trato a los licitadores, por cuanto el apartado primero del artículo 138 LCSP2017 dispone: *"Los órganos de contratación ofrecerán 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 efectuarse desde la fecha de la publicación del anuncio de licitación o, en su caso, del envío de la invitación a los candidatos seleccionados"*.

Por su parte reconoce el artículo 138.2 LCSP2017 que se podrá, de manera excepcional, dar ese acceso valiéndose de medios no electrónicos, con dos efectos: que el anuncio de licitación o la invitación a los candidatos seleccionados advertirán de esta circunstancia; y que el plazo de presentación de las proposiciones o de las solicitudes de participación se prolongará cinco días, salvo en el supuesto de tramitación urgente del expediente a que se refiere el artículo 119. Acceso no electrónico que encuentra justificación: *"a) Cuando se den circunstancias técnicas que lo impidan, en los términos señalados en la Disposición adicional decimoquinta. b) Por razones de confidencialidad, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 133.c) En el caso de las concesiones de obras y de servicios, por motivos de seguridad excepcionales"*. Preceptos que se concretan en el artículo 19.2 RD 814/2015 (RPER) según el cual *"cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en forma legal la convocatoria de la licitación, de*

Consultor de los Ayuntamientos, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY 18089/2017.

conformidad con lo indicado en el apartado 1 de este artículo, si en ella se ha hecho”.

Plazo de quince días pues a contar desde que se facilita por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, el acceso a los pliegos y demás documentos contractuales a partir del día siguiente a aquél en que se ha completado la publicidad de la convocatoria, es decir, a aquél en que se ha producido la publicidad en los diarios oficiales correspondientes y en el perfil de contratante (Resolución nº 293/2016, 11 de noviembre del TARCAnd).

Por su parte el TACPCan (Resolución nº 5/2015) recordó la doctrina de la Audiencia Nacional señalada en su Sentencia de 30 de octubre de 2013, para fijar como momento inicial en el cómputo del plazo “el de publicación de los anuncios de licitación, pues desde esa fecha pudo el interesado recoger los pliegos en el lugar indicado en los anuncios”. Extemporaneidad que también se acordó por el OARC (Resolución nº 080/2016, de 30 de junio de 2016) por cuanto interpuesto el recurso contra el contenido de los pliegos, el cómputo del plazo para recurrir, según el artículo 19.1 RD 814/2015, se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en forma legal la convocatoria de la licitación, no siendo preceptiva la publicación en el DOUE por no tratarse de un contrato sujeto a regulación armonizada, la publicación completa y final del anuncio se produjo en el perfil del contratante el día 27 de abril, siendo el último día del plazo fue el 16 de mayo, y por tanto extemporánea la presentación el día 17 de mayo.

Por otra parte si como sabemos por el artículo 139.1 LCSP2017 que *“las proposiciones deben ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el*



empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna...", se entiende que es una previsión que abarca igualmente a pliegos de prescripciones técnicas (Resolución nº 099/2016, de 13 de septiembre de 2016 del OARC), y así que fuera considerado como un "exceso del legislador y del intérprete que ataca la línea de flotación de la efectividad de la directiva de recursos porque obstaculiza la depuración de ilegalidades en la regulación de los pliegos que el licitador ve materializadas y expresadas en un tiempo posterior al simple conocimiento de los pliegos, cuando se valora su oferta, cuando se ponderan los aspectos de su proposición, cuando se aplican los diferentes criterios selectivos en concurrencia y comparación con otros licitadores"⁵³.

Afirmación que trae base y fundamento en la doctrina jurisprudencial. Así por lo que hace a nuestra jurisprudencia nacional manifestada en la SSTS de 18 de abril de 1986, de 3 de abril de 1990, de 12 de mayo de 1992, de 9 de febrero de 2001 y de 28 de junio de 2004, "el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para

⁵³ BLANCO LÓPEZ, F., "Recurso especial en materia de contratación. Extemporaneidad", Anuario Aragonés del Gobierno Local, 2013, nº 5, pp. 502,504 y 505.

impugnarlo después, contraviniendo sus «propios actos», cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones, que obviamente, pretendía». Ciertamente, la doctrina que se acaba de reseñar puede ceder cuando los vicios denunciados son constitutivos de causa de nulidad de pleno derecho [...]».

Mientras que en clave comunitaria, en la STJUE de 11 de octubre de 2007, asunto C-241/06, Lämmerzahl GmbH, siguiéndose por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, toda vez que no impugnando en plazo los Pliegos, supondrá para los licitadores la obligación, por el principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (“venire contra factum proprium non valet”) (Acuerdo nº 48/2017, de 7 de abril de 2017 del TACPA) a pasar por su contenido, salvo que se aprecie la concurrencia de causa de nulidad radical en los Pliegos (Resolución nº 467/2017, de 1 de junio), que refirió lo resuelto por su Resolución nº 334/2015 pues siendo los pliegos la ley del contrato y que las mencionadas circunstancias no fueron invocadas oportunamente por la recurrente a través del correspondiente recurso, dichas alegaciones, completamente extemporáneas, no pudieron ser ahora examinadas ni consideradas por el Tribunal (Resoluciones nº 142/2012, de 28 de junio, nº 155/2011, de 8 de junio, nº 502/2013, de 14 de noviembre y nº 83/2014, de 5 de febrero del TACRC y la Resolución nº 078/2016, de 28 de junio de 2016 del OARC).

Además si es cierta la potestad de discrecionalidad de la Administración, conviene precisar que “en los criterios de adjudicación de evaluación automática, la discrecionalidad del órgano de contratación solo juega con anterioridad en la elaboración de los mismos, al decidir con libertad cuáles serían los más significativos



respetando, eso sí, la normativa de aplicación, pero no en la valoración de los mismos en la que ha de sujetarse a lo previamente establecido en los pliegos, sin que sea admisible el ejercicio de potestad discrecional alguna, pues se trata de aplicar una mera fórmula matemática", conculcándose la neutralidad del procedimiento de licitación, de admitirse redondeos discrecionales por el órgano de contratación (Resolución nº 284/2016, de 11 de Noviembre del TARCAnd).

III.1.3. c/. Recurso contra los actos de trámite

Para los plazos de interposición cuando el objeto del recurso especial son determinados actos de trámite (artículo 44.2 b/ LCSP2017) adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad *"el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción"* (artículo 50.1.c/LCSP2017).

Ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión el TACPA para advertir que si bien la comunicación de los acuerdos de exclusión por no alcanzar el umbral técnico previsto, no resultaba obligados por el TRLCSP, son actos de trámite que impiden la continuación del procedimiento, motivo por el que la Ley permite su impugnación separada. Por esto que resultará necesario notificar y explicitar los motivos de la exclusión para evitar indefensión y que la posibilidad de que recurso sea real y no meramente formal (Acuerdo nº34/2015, de 18 de marzo de 2015 en base en otro anterior de Acuerdo nº23/2014).

Por razones de seguridad jurídica, eficacia y eficiencia en la tramitación de los procedimientos de contratación —y para evitar incidencias como la presentación de un recurso frente a la adjudicación cuyo objeto sea una exclusión anterior que, de prosperar, implicaría la necesaria inclusión del licitador afectado y, con ello, la necesidad de retrotraer las actuaciones al momento de la exclusión—, es aconsejable la notificación de la exclusión en el momento en que se produzca, sin necesidad de esperar al momento de la adjudicación del contrato. Pero se debe recalcar aquí que es aconsejable, pero no imperativo legal, pues no existe precepto que exija esta notificación independiente.

Advertir que del contenido de los artículos 151.4 y 44.2.b/ LCSP2017, cuando nos encontremos con el acto de adjudicación y el acto de trámite cualificado, se abren dos opciones, recurrir uno u otro. Opciones que son subsidiarias y no acumulativas, a resultas de la cual si la Mesa de contratación no notificara debidamente al licitador su exclusión, éste podrá impugnarla en el acto de adjudicación. Mesa que no está obligada a notificar de forma individualizada la exclusión, pudiendo diferir el órgano de contratación la comunicación de la exclusión al momento de la notificación del acuerdo de adjudicación. No obstante esta realidad, es criterio del TARCAAnd (Resolución nº 328/2016,22 de diciembre) que lo más correcto es notificar de forma separada e individualizada cada una de las exclusiones.

III.1.3. d/. Recurso contra la adjudicación

Cuando el recurso se interpone contra el acto de adjudicación, se prevé en el artículo 50.1.d/ LCSP2017 que *“el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con*



lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento”.

Para su adecuada interpretación acudamos a la doctrina de los tribunales administrativos encargados de la resolución del recurso.

De inicio saber que se trata de un plazo de quince días improrrogable y caracterizado porque “el inicio del cómputo del plazo de interposición comienza una vez remitida la notificación de adjudicación, aun siendo esta defectuosa y una vez comenzado, sólo se puede interrumpir con una notificación sanatoria. Asimismo, cuando el Tribunal considere que siempre y cuando el recurso se base en lo examinado en el expediente por tratarse de cuestiones no reflejadas en la resolución notificada, procede la interrupción del recurso desde la fecha de solicitud hasta la puesta a disposición del expediente en que se reanuda” (Resolución nº 11/2015 del TACPCan).

Pues bien la regla general del derogado TRLCSP estaba pensando que lo que se recurre es la adjudicación del contrato; sin embargo, no es, como sabemos, el único acto susceptible de recurso especial en materia de contratación pública, de ahí que advirtiera MENÉNDEZ SEBASTIÁN⁵⁴ una serie de matizaciones. “Así, cuando lo que se recurre es el contenido de los pliegos o demás documentos contractuales, el cómputo se inicia a partir del día siguiente a aquel en que los mismos fueron recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento. Y de presentación en

⁵⁴ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M^a., “Virtualidad práctica del recurso especial ...”, op.cit., pp.374-375.

las oficinas de correos u otros registros, la fecha para conocer el cumplimiento del plazo será la de entrada en el registro del órgano de contratación o del competente para resolverlo". Y sin olvidar que por lo que hace a la notificación del acto impugnado, ya se admitía como apuntara PRADO GARCÍA-VALDECASAS⁵⁵ el uso de la vía electrónica de la Ley 11/2007 de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos.

Asimismo el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi en su Resoluciones nº 80/2016 y nº 083/2016, de 5 de julio de 2016 consideró que "la remisión que marca el inicio del cómputo sólo se produce cuando la notificación de la adjudicación ha iniciado su traslado efectivo hacia el destinatario y no con el alta en el registro de la salida del documento, pues, de otro modo, el plazo de interposición del recurso quedaría íntegramente en manos del poder adjudicador, que tendría en su mano, por un lado, iniciar el plazo simplemente con dicha alta y por otro, demorar su entrega real al operador postal, retrasando las actuaciones necesarias para su envío efectivo; ello perjudicaría ilegítimamente al interesado, que vería mermado el tiempo del que dispone para preparar e interponer el recurso".

Advertir que la literalidad de la regulación precedente del artículo 44.2 TRLCSP no ofrecía dudas, por cuanto el plazo de los 15 días hábiles *"comienza a contarse, desde*

⁵⁵ PARDO GARCÍA-VALDECASAS, J.J., *"La Ley de Contratos del Sector Público : análisis de las modificaciones introducidas por la Ley 34/2010, de 5 de agosto"*, Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), Análisis, nº 25, Diciembre, 2010, pp. 27. Ley 11/2007, derogada desde de 2 de octubre de 2016, por la Disposición derogatoria única.2.b/ de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.



el día siguiente al de la remisión de la notificación de dicha adjudicación". Esta literalidad llevó al TACPCan a considerar en su Resolución nº 24/2015, recordando la STJUE de 28 de enero de 2010, Comisión/Irlanda y STJUE de 28 de enero de 2010, Uniplex, que "no rige la regla del artículo 30.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de iniciar el cómputo del plazo del recurso desde el día siguiente al de la recepción de la notificación, justificándose esta fijación de la fecha inicial del plazo para hacer coincidir el cómputo del plazo entre la adjudicación y la formalización con el del plazo para la interposición del recurso especial, de modo que ambos se cuenten siempre desde la misma fecha para todos los interesados al ser único y común para todos" (Resolución nº 192/2013 del TACRC). Plazo que será respetado en caso de impugnarse el acuerdo de adjudicación, si la resolución de adjudicación fuera de fecha de 17 de agosto de 2016, y se rectificara por otra posterior de 22 de agosto de 2016, en relación al recurso que contra la misma se interpuso y dado que la notificación de la rectificación fue remitida a la recurrente el 24 de agosto de 2016, el recurso especial fue presentado en el Registro del Tribunal el 9 de septiembre de 2016 (Resolución nº 302/2016, de 23 de noviembre del TARCAnd). Este mismo fue su criterio de extemporaneidad puesto que si resolución de adjudicación se dictó con fecha 28 de marzo de 2017 -y del contenido de su escrito se desprende que la recurrente tuvo conocimiento de ella ese mismo día-, y el mencionado recurso se presentó en el Registro de este Tribunal con fecha 30 de junio de 2017, por lo que habría de considerarse interpuesto extemporáneamente al haberse presentado fuera del plazo legalmente previsto (Resolución nº 147/2017, de 13 de julio).

Para evitar indefensión a la hora de la notificación del recurso que procedía contra la exclusión, para que se mantenga la posibilidad de recurrir correctamente la misma, es preciso notificar con carácter previo la exclusión a aquellos para los que la misma pone fin al procedimiento de contratación. No estimándose el recurso por no apreciarse indefensión ni perjudicarse el derecho de defensa, si se interpuso primero recurso de reposición frente a la exclusión, porque así se indicó de manera errónea por parte del órgano de contratación, si se le notificó la adjudicación y frente a la misma interpuso el pertinente recurso especial (Resoluciones nº50 y nº107/2013 del TACRC, Resoluciones nº77 y nº100/2013 del TACPCMad).

Y finalmente sobre el contenido notificado, para no perder de vista la utilidad y eficacia del recurso, saber que si esa información fuera ambigua, demasiado general, o no pudiera individualizarse en relación con algún licitador (STJUE de 23 de diciembre de 2009 (Asunto C-455/08, Comisión Europea/Irlanda, apartado 32) se podría defender la postura de no comenzar el plazo para la interposición del recurso hasta que los licitadores no reciban información suficiente para fundamentarlo (Resolución 5/2011, de 12 de julio de 2011 del TACPA), pero sin olvidar que el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de febrero de 2018, se mostró contundente al considerar que las aclaraciones a los licitadores están dotadas de carácter vinculante para todos ellos.

III.2. Lugar de presentación

El lugar donde presentar el recurso es pieza fundamental para asegurar la seguridad del sistema de recurso y clave su conocimiento por los licitadores, pues muchos son los



recursos desestimados por extemporáneos, para cuyo remedio se arbitra hoy una nueva regulación.

El artículo 51 LCSP 2017 estipula: *"3. El escrito de interposición podrá presentarse en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Asimismo, podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso. Los escritos presentados en registros distintos de los dos citados específicamente en el párrafo anterior, deberán comunicarse al Tribunal de manera inmediata y de la forma más rápida posible. 4. El órgano competente para la resolución del recurso hará públicas a través de su página web, mediante resolución de su Presidente, las direcciones de registro en las que debe hacerse la presentación de los escritos para entenderla efectuada ante el propio Tribunal".*

Muestra de la decidida apuesta favor de la "contratación electrónica" (Preámbulo LCSP 2017) es una de las especialidades del recurso especial para garantizar la rápida tramitación de cara al cumplimiento de las prestaciones del contrato objeto de recurso y es que pueda presentarse en cualquiera de los lugares a que se refiere el citado artículo 16.4 Ley 39/2015. Por eso que FERNÁNDEZ ACEVEDO⁵⁶ apuntara que "la flexibilización se hacía absolutamente necesaria toda vez que la restricción en cuanto a los lugares de presentación del recurso carece de justificación tras la LPACA que

⁵⁶ FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *"El recurso especial en materia de contratación: procedimiento y resolución. El nuevo reparto jurisdiccional (1) "*, Contratación Administrativa Práctica, nº 153, Sección Reflexiones, Enero-Febrero 2018, Editorial Wolters Kluwer.

pretende implantar plenamente la Administración electrónica. Ya no cabe admitir que la gestión electrónica de los procedimientos sea considerada una forma especial de gestión, sino al contrario, debe ser la actuación habitual de las Administraciones públicas. Y es que una Administración sin papel sirve mejor a los principios de eficacia y eficiencia, ahorra costes a los ciudadanos y empresas, refuerza las garantías de los interesados y facilita el cumplimiento de las obligaciones de transparencia”.

Regulación que trata de solventar los “graves perjuicios y dificultades” advertidos por el Consejo de Estado (Dictamen nº1.116/2015, de 10 de marzo de 2016) de la regulación del TRLCSP para los administrados “al exigir la presentación del recurso especial en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para resolver. En especial, esos perjuicios se han producido cuando el recurrente, bien no tiene su sede en las localidades en que se ubican uno y otro, bien carece de medios para poder hacerlo. Esas dificultades no se han visto resueltas por la existencia de registros electrónicos. Las limitaciones de estos, sus cotidianos funcionamientos anormales y los obstáculos técnicos para su uso –derivados de las capacidades ordinarias de los medios informáticos de los usuarios que están muy alejadas de las presupuestas por la Administración- han originado hasta la fecha reiteradas situaciones indeseables y, en muchos casos, han situado a los administrados en palmaria indefensión ante la imposibilidad de accionar frente a la actuación de los poderes adjudicadores”.

Por lo que hace al lugar y plazo para la validez de las proposiciones presentadas en las oficinas de Correos (Informes nº39/98, 16 de diciembre, nº38/99, de 12 de noviembre, nº7/00, 11 de abril, nº51/07, de 29 de



octubre y nº 61/07, de 24 de enero de 2008 de la JCCA) se fundamentó la resolución para “excluir la posibilidad de ampliar dicho plazo de diez días con el fin de no prolongar indefinidamente la incertidumbre del órgano de contratación sobre los licitadores participantes. Por tanto, transcurrido el plazo de diez días desde el anuncio al órgano de contratación de la presentación de la proposición en Correos, sin que la misma haya sido recibida por el órgano de contratación, la oferta no puede ser admitida”, incluso si fuera por causa no imputable al licitador (Resolución nº 285/2016 de 11 de noviembre del TARCAnd).

Resultando idea clave que la interposición del recurso se produzca dentro de la fecha de conclusión del plazo de interposición en los mencionados registros (Resoluciones nº35/2012, de 28 de marzo y nº 70/2016 de 21 de abril del TACPCMad). Por eso que fuera admitido el recurso en el supuesto del licitador que iba a ser propuesto como adjudicatario, dando cumplimiento al artículo 150.2 LCSP2017, y que presentara en plazo la documentación requerida en Correos, no pudiendo entenderse que hubiera retirado su oferta y así cumplir el requerimiento previo a la adjudicación, aunque fuera por medios distintos a los establecidos en el pliego. Admisión fundada según la Resolución nº 169/2018 del TACPMad, en que no obstante presentar la documentación en Correos, y no de manera electrónica como disponían los pliegos "el mero formalismo de la forma de presentación, que como decimos no conculca el principio de igualdad al menos en esta fase del procedimiento, impide lograr el fin último y objetivo de toda licitación pública, que no es otro que el de conseguir la oferta económicamente más ventajosa, o con mejor relación calidad-precio".

Por su parte con la referencia a las Directivas europeas, se trata “de una exigencia de eficacia en el

procedimiento preferentemente servida por la condición de rapidez que sólo mediante la articulación de normas que la permitan se puede lograr. Tal es el caso del requisito de lugar establecido con respecto a la presentación de los escritos de interposición” (Resolución nº 100/2012 del TACRC) con lo que se acordó inadmitir por extemporánea la reclamación en la Resolución nº 016/2014 de 17 de enero de 2014 del TACRC pues el inicio del cómputo del plazo a considerar en este supuesto (la adjudicación realizada por la Autoridad Portuaria de Barcelona de la concesión administrativa para la construcción y explotación de una Marina Deportiva en el Puerto de Barcelona) debería ser la fecha de publicación de la adjudicación pues la recurrente no licitó al procedimiento cuya adjudicación ahora impugna.

III.3. Efectos de la interposición

Hoy se mantiene el efecto de la interposición del recurso, si el acto recurrido es el de adjudicación, (artículo 53 LCSP 2017) de quedar en suspenso la tramitación del procedimiento, pero añadiendo *“salvo en el supuesto de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, sin perjuicio de las medidas cautelares que en relación a estos últimos podrían adoptarse en virtud de lo señalado en el artículo 56.3”*. También previsto este efecto en el RD 814/2015 (artículo 21) superando la tradicional inefectividad del sistema de recursos que más que corregir la infracción se traducían en una indemnización de daños y perjuicios, ante lo que MESTRE



DELGADO⁵⁷ concretó que “se trata de restablecer la situación jurídica del empresario indebidamente postergado, sin perjuicio de la imprescindible, aunque insuficiente, solución indemnizatoria”.

Suspensión automática de la adjudicación concluyó el Informe nº 54/11 de 1 de marzo de 2012 de la JCCA, de manera que, resuelto el recurso, la resolución del mismo no será ejecutiva hasta que sea firme por el transcurso del plazo de dos meses para la interposición del recurso contencioso-administrativo, o bien, en el caso de interposición de dicho recurso, hasta que el órgano de la Jurisdicción decida sobre la suspensión solicitada. La única excepción a esta suspensión automática, interpretado “*a sensu contrario*”, es que la resolución del recurso sea totalmente estimatoria del recurso y no hubiesen comparecido en el procedimiento otros interesados distintos del recurrente (Informe nº 19/11, de 25 de noviembre JCCA y Resolución de 24 de febrero de 2011 del TACRC).

Y en fin al decidir en el plazo de cinco días hábiles, el órgano competente para la resolución del recurso acerca de las medidas cautelares, según el cual “*asimismo en este plazo, resolverá, en su caso, sobre si procede o no el mantenimiento de la suspensión automática prevista en el artículo 53, entendiéndose vigente ésta en tanto no se dicte resolución expresa acordando el levantamiento. Si las medidas cautelares se hubieran solicitado después*

⁵⁷ MESTRE DELGADO, J. F., “*El control de la adjudicación de los contratos públicos a tenor del derecho comunitario europeo. Una nueva ordenación de las medidas cautelares. Comentario a la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989*”, Noticias de la Unión Europea (UNED), nº 74, 1991, pp. 328-330. Referida en CANDELA TALAVERO, J.E., “*El recurso especial como instrumento.....*” *op. cit.* pp.132.

de la interposición del recurso, el órgano competente resolverá sobre ellas en los términos previstos en el párrafo anterior sin suspender el procedimiento principal” (artículo 56.3).

III.4. El contenido del recurso: Subsanación

Por lo que hace al contenido del escrito de interposición debe acompañarse de determinada documentación que facilite su tramitación, estudio y resolución. Dispone para ello el artículo 51.1 LCSP2017: *“En el escrito de interposición se hará constar el acto recurrido, el motivo que fundamente el recurso, los medios de prueba de que pretenda valerse el recurrente y, en su caso, las medidas de la misma naturaleza que las mencionadas en el artículo 49, cuya adopción solicite, acompañándose también:*

a) El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo órgano, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento.

b) El documento o documentos que acrediten la legitimación del actor cuando la ostente por habérsela transmitido otro por herencia o por cualquier otro título.

c) La copia o traslado del acto expreso que se recurra, o indicación del expediente en que haya recaído o del boletín oficial o perfil de contratante en que se haya publicado.

d) El documento o documentos en que funde su derecho.



e) Una dirección de correo electrónico «habilitada» a la que enviar, de conformidad con la disposición adicional decimoquinta, las comunicaciones y notificaciones”⁵⁸.

Resultando novedoso la incorporación en su equivalente artículo 51 c/ de sustituir el periódico oficial por el boletín oficial una vez eliminado el anuncio de interponer el recurso, y la incorporación en la letra e/ de: *“una dirección de correo electrónico «habilitada» a la que enviar, de conformidad con la disposición adicional decimoquinta, las comunicaciones y notificaciones”,* en línea con la nueva Administración electrónica implantada también en la contratación pública, pues *“las comunicaciones y el intercambio de documentación entre los órganos competentes para la resolución de los recursos, los órganos de contratación y los interesados en el procedimiento se harán por medios electrónicos”* según reza el artículo 54 LCSP 2017. Desarrollo tecnológico que ofrece “nuevos instrumentos para prevenir y luchar contra la corrupción, tanto desde las propias instituciones públicas como desde la ciudadana”⁵⁹.

A lo que sumar que ante un posible defecto del escrito de interposición se encuentra solución en el 51.2

⁵⁸ Sobre la dirección electrónica habilitada única, vide: MIGUEZ MACHO, L., “La notificación en clave electrónica: Análisis del modelo a la luz de las garantías de procedimiento” en *“El nuevo procedimiento administrativo local tras la Ley 30/2015”*, (Coord. CAMPOS ACUÑA, C.), Ed. El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados, Ed. Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2016, pp.362.

⁵⁹ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *“El papel de los medios electrónicos en la lucha contra la corrupción”*, Revista Vasca de Administración Pública (R.V.A.P.), nº 104-II, Enero-abril, 2016, pp.199.

LCSP2017 al permitir que " *para la subsanación de los defectos que puedan afectar al escrito de recurso, se requerirá al interesado a fin de que, en un plazo de tres días hábiles desde el siguiente a su notificación, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, quedando suspendida la tramitación del expediente con los efectos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. La presentación de documentación subsanada se hará, necesariamente, en el registro del órgano competente para la resolución del recurso*" (artículo 21 Ley 39/2015). Sobre la no subsanación en el plazo de tres días hábiles (dos días hábiles en la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, artículo 126.3) el efecto es el de tenerle por desistido (Resolución nº 239/2014 del TARCAAnd), si bien es un uso que no parece adecuado por cuanto para el desistimiento se precisa un acto expreso. Es además novedoso que el plazo de tres días hábiles sea "*desde el siguiente a su notificación*", y que el lugar donde presentar la subsanación documentación sea en el registro del órgano competente para la resolución del recurso.

Sobre la forma del recurso, si el recurrente ha calificado su escrito como recurso de reposición, no obsta para que el órgano de contratación, siguiendo el contenido del artículo 115.2 de la Ley 39/2015, que asienta un criterio antiformalista para poder recurrir contra la Administración, reconozca que "*el error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter*", y lo tramite como recurso especial en materia de contratación. Todo ello en un marco delimitado por los principios de buena fe y de confianza legítima que han de presidir las relaciones



entre Administración y administrados, admitiéndose un recurso interpuesto por una UTE una vez acreditado la confusión provocada por el órgano de contratación, primero en la redacción del pliego y después en la propia comunicación individual realizada a la recurrente, ya que en la interpretación sobre qué es el "importe de adjudicación", la hermenéutica debe hacerse en el sentido más favorable para el licitador, ya que el que ocasionó la confusión, no podía beneficiarse de la misma (Resoluciones nº 917/2014 de 12 de diciembre del TACRC y nº 89/2018 de 4 de abril, del TARCAnd).

Error subsanable que sí es admitido si en la rúbrica del sobre, aun conteniendo una oferta económica, se hizo constar: "Proposición técnica relativa a los criterios evaluables mediante fórmulas" (Resolución nº 873/2014 de 28 de noviembre de 2014 del TACRC). Eso sí, distinto es el caso, si el error fuera la sustitución de una oferta por otra (STJUE de 29 de marzo de 2012, dictada para resolver el asunto C-599/10) pues según el TACRC (Resoluciones nº 16/2013, nº 151/2013) "presentada la oferta no cabe posibilidad de su modificación, no existiendo obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma y debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta".

De manera que, para intentar salvar el principio de libre competencia, también la STS de 25 de mayo de 2015 consideró ampliable la aplicación de la subsanación, no solo a la documentación administrativa que menciona el artículo 81.2 del RGLCAP, sino también a la existente en los sobres que albergan las proposiciones de los licitadores. Ahora bien en cualquier caso, para salvaguardar la seguridad jurídica y el principio de confianza legítima, estas subsanaciones se limitarán a

subsana defectos o errores en la documentación administrativa (STS de 2 de julio de 2004) pero no, con carácter general en la oferta económica (Resolución nº 264/2017, de 5 de diciembre, FD7º, del TARCAnd) y sin que puede nunca emplearse como mecanismos que modifique y posicione al licitador “en una situación de facto distinta de la pretendida por la propia subsanación” (Acuerdo nº90/2017, de 3 de agosto de 2017 del TACPA).

Subsanación sobre la que fueron muy expresiva las Resoluciones nº 898/2016 y nº 217/2016, del TACRC. Para estas se diferencian la subsanación de defectos o errores que afectan a la denominada documentación administrativa y la de aquellos otros que afectan a la formulación de las ofertas. Admitidas para la primera, únicas a las que se refiere el artículo 81.2 del RGLCAP, es precepto que, no obstante, no puede ser interpretado “sensu contrario” vedando toda posibilidad de conceder ocasión de salvar los se presenten en las ofertas, sí que debe servir como criterio interpretativo de exigencia de mayor rigor en la determinación y concreción de las mismas (Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de marzo de 2014). Siendo en cualquier caso restrictiva la postura del Tribunal Supremo para admitir tan solo casos de errores puramente formales y de fácil remedio, como firma de la proposición económica (STS de 6 de julio de 2004), la representación del que suscribió la oferta (STS de 9 de julio de 2002) o la acreditación documental de un elemento que el Pliego consideraba como criterio de adjudicación y que se había invocado expresamente en la proposición aunque no justificado de manera suficiente (STS de 25 de mayo de 2015). Pero negando esta posibilidad cuando nos encontremos ante la inclusión de un anexo resumen de las características de la oferta (STS de 12 de abril de 2012) o la firma de ingeniero en la propuesta técnica, por entender en este



caso que afecta al contenido material de la misma (STS de 21 de julio de 2011). Terminando esta Resolución nº 898/2016 de 4 de noviembre, FD7A, del TACRC con fundamento en este criterio de la jurisprudencia comunitaria: " Así, por un lado, ésta se muestra proclive a admitir la subsanación de errores en la fase de admisión a la licitación, permitiendo al órgano de contratación reclamar documentos sobre la capacidad o situación personal del empresario que no fueron aportados por éstos pese a exigirse en el pliego, y siempre que en él se hubiera previsto en tales casos la sanción de exclusión (cfr.: Sentencias TJUE, Sala Décima, de 10 de octubre de 2013 -asunto C-336/12- y 6 de noviembre de 2014 –asunto C-42/13-). Sin embargo, se muestra mucho más cauta cuando los defectos afectan a las ofertas, pues, en ellas sólo considera ajustadas las meras aclaraciones o correcciones de errores materiales manifiestos, y además con el límite de que no suponga una nueva oferta (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Cuarta, 29 de marzo de 2012 -asunto C-599/10-) así como en los casos en los que la ambigüedad de las ofertas pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente (cfr.: STGUE, Sala Quinta, 10 de diciembre de 2009 –asunto T-195/08-)».

Ya se ha apuntado que el principio de igualdad de trato es piedra angular sobre la que se hace descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (SSTJUE de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otro, y de 19 de junio de 2003, GAT y Resolución nº 48/2016, de 28 de julio del TARCCYL) resultando según la STJUE citada de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010) que no existe obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la oferta técnica soportando el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta. No

obstante esto, por su trascendencia en el juego diario de los expedientes de contratación apuntar esta doctrina del TACRC en sus Resoluciones nº 319/2014 y nº 750/2014, en el sentido de que “en el ámbito de la contratación pública nos encontramos con el principio básico de inalterabilidad de las proposiciones económicas, que proscribiera cualquier modificación de las mismas por el licitador que las formula una vez que los sobres que las contienen hayan sido presentados, y que sólo le permite al órgano de contratación, con fundamento en la doctrina antiformalista, la subsanación de los defectos de las ofertas que tengan este carácter de subsanables”. Y en el supuesto de recurrirse el requerimiento de subsanación de los defectos apreciados en la documentación aportada por una UTE que realizara la propuesta económicamente más ventajosa (la presentación de documentación no original o autenticada) y la consideración de que su incumplimiento daba lugar a la retirada de la oferta, este requerimiento de subsanación es un acto de trámite que no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento ni produce indefensión o perjuicio irreparable a los derechos e intereses legítimos del recurrente, “por cuanto los defectos jurídicos en que hubiera podido incurrir pueden hacerse valer en el recurso contra el acto definitivo, la adjudicación del contrato” (Resolución nº 875/2014 de 28 de noviembre del TACRC).

Recordó en este sentido el Tribunal de Luxemburgo (STJUE de 4 mayo de 2017 (Asunto C-387/2014) ser contrario a ley, vez una vez terminado el plazo para la presentación de ofertas, que el licitador pudiera presentar otros documentos distintos a su oferta inicial, por respeto al principio de la igualdad de trato. Principio que, sin embargo, según la STJUE 10 de octubre de 2013, Manova (C-336/12) no se opone a que



transcurrido aquel plazo, se pueda solicitar a un candidato que presente documentos descriptivos de su situación, como el balance publicado, cuya existencia antes del transcurso del plazo de presentación sea objetivamente verificable, siempre que el pliego y demás documentos contractuales no exigieran expresamente su presentación bajo pena de exclusión de la candidatura. Realidad que no impide corregir o completar datos de una oferta cuando se trate de una simple aclaración o subsanación de errores materiales (STJUE 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, apartado 60, 62 y 63) pero nunca cuando se trate de una modificación sustancial de la oferta inicial (STJUE 4 mayo de 2017 (Asunto C-387/2014).

Legalmente, respecto a la documentación a presentar por el licitador, en materia de defectos subsanables, señalar el contenido del artículo 150.2 LCSP2017.

Pues bien en esta materia oportuno es mencionar la doctrina sentada por el Tribunal Supremo (STS de 6 de julio de 2004) y el TACRC (Resoluciones nº 225/2013 y nº 184/2011, de 13 de julio) partidaria del carácter subsanable de los defectos de la documentación general acreditativa del cumplimiento de requisitos previos que los licitadores tienen que aportar en los procedimientos de contratación y que ha configurado una doctrina favorable a la subsanación de estos defectos formales, pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible. Por eso que considerase la Resolución nº 666/2014 de 12 de septiembre de 2014 del TACRC teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad que los defectos serán subsanables cuando se refieran a la adecuada acreditación de un requisito, pero no a su cumplimiento. Es decir que su existencia no es subsanable, sólo lo es su acreditación.

Esta doctrina también habilitó la Resolución nº 666/2014 de 12 de septiembre y nº 893/2014 de 5 de diciembre del TACRC para considerar defecto subsanable la falta de indicación del aval del bastanteo de los poderes una vez acreditado que el bastanteo existía con anterioridad a la constitución del aval controvertido, adoptando la decisión de ordenar la retroacción del procedimiento al trámite de calificación de la documentación aportada a efectos de adjudicación. Subsanación que deberá realizarse en los términos que al recurrente le son solicitados por la mesa o el órgano de contratación, para evitar contravenir el principio de igualdad de trato.

Se analizó la posible subsanación de defectos o deficiencias de las proposiciones presentadas en las Resoluciones nº 90/2013 y nº 688/2014, de 23 de septiembre del TACRC, apuntalando que la posibilidad de corrección contemplada en el artículo 81 del RGLCAP se refiere exclusivamente a la documentación del artículo 146 del TRLCSP (artículo 140 LCSP2017) toda vez que, siguiendo la STJUE de 29 de marzo de 2012 de aceptarse subsanaciones que fueran más allá de errores que afecten a defectos u omisiones de carácter fáctico, se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de forma sustancial después de haber sido presentadas.

También podemos aumentar la referencia al criterio que debemos seguir, al situarnos ante la duda del carácter subsanable de la documentación al conocer la postura de la JCCA (Informes nº 53/2010 de 10 de diciembre y nº 47/09 de 1 de febrero de 2010). Este organismo definió como criterio básico y general, que es subsanable acreditar aquello que existe y que no es subsanable la acreditación de aquello que al momento de concluir el plazo de presentación de proposiciones no existe, referida a la documentación acreditativa de las



características de la empresa. Criterio general que deberá ser aplicado por el órgano de contratación caso por caso. No será posible pues establecer una lista exhaustiva de defectos subsanables, a pesar de lo cual reúnen tal carácter aquellos defectos que se refieren a la acreditación del requisito de que se trate, pero no a su cumplimiento. Postura seguida en las Resoluciones de 4 de julio de 2013 y nº 184/2011 del TACRC y del Informe nº 48/2002, de 28 de febrero de 2003 de la JCCA, de manera que “la falta de poder, o lo que es lo mismo, el poder insuficiente en el momento de presentar la documentación, es defecto insubsanable y, por el contrario, la falta de acreditación de un poder existente, es un defecto subsanable” (Resolución nº 177/2013 de fecha 14 de mayo del TACRC haciendo referencia a las SSTs de 23 de septiembre de 2011, de 16 de diciembre de 2004 o de 6 de julio de 2004).

Por su cambio de criterio y claridad conviene ser puesto de manifiesto de manera literal el contenido del FD7 de la Resolución nº 747/2018 de 31 de julio del TACRC: “Sobre esta cuestión, la posibilidad de solicitar la subsanación de la documentación presentada por el licitador propuesto como adjudicatario establecida en el artículo 151.2 del TRLCSP (en la actualidad, artículo 150.2 de la LCSP), este Tribunal se ha venido pronunciando, en general, en el sentido de no considerar admisible la subsanación, porque la misma atentaría contra la seguridad jurídica del resto de licitadores, y contra los principios proclamados en los artículos 1 y 139 del TRLCSP: publicidad, libre concurrencia y transparencia (Resoluciones nº 61/2013 y nº 286/2015). Esta doctrina general sin embargo fue modificada en su Resolución nº 338/2018, en la que no sólo se considera admisible y ajustada a Derecho la solicitud de subsanación realizada por el órgano de contratación,

sino que resuelve que la misma debió haber sido concedida en términos más amplios”.

En el ámbito de la contratación pública, el RGLCSP, en su artículo 81, y la LCSP, en el artículo 141.2 párrafo segundo, tiene una regulación especial sobre el plazo de subsanación, que lo fija en tres días hábiles. Saber que el TARCEX en su Resolución nº 11/2017, de 9 de marzo mantuvo el siguiente criterio resultando que cuando los términos en la documentación que ha de regir la licitación no son claros, planteando dudas sobre la intención del órgano de contratación y no siendo unívoca la interpretación lógica de los mismos, aun estando a su sentido literal, esa oscuridad o mera ambigüedad, jamás puede favorecer al órgano de contratación por cuanto es el causante de la misma, y en perjuicio de los licitadores (SSTS nº 615/2003 y nº 4751/2001, de 5 de junio de 2001, Resolución nº 8/2016, de 22 de enero del TACPA, las Resoluciones nº 13/2015 y nº 830/2016, de 14 de octubre del TACRC), para acordar que una interpretación literal de las condiciones exigidas para tomar parte en la licitación, que conduzca a la exclusión de licitadores por meros defectos formales o no sustanciales, defectos de escasa relevancia y significado, es contraria al principio de concurrencia que ha de presidir las licitaciones públicas (Resolución nº 030/2016, de 17 de marzo del OARC, Resoluciones nº 146/2016, de 28 de julio del TACPCMad y nº 98/2012, de 25 de octubre del TARCAnd).

En conclusión, la subsanación de defectos debe analizarse en conexión con los principios de no discriminación, igualdad de trato, inalterabilidad de las proposiciones económicas y libre concurrencia (Resoluciones nº 137/2012, nº614/2013, nº463/2014, o nº 892/2014 del TACRC).



III.5. La inadmisión

Cuando se acredite por el órgano de contratación de manera inequívoca que concurren una serie de situaciones enumeradas, de manera novedosa, en la LCSP2017 (artículo 55), puede acordar la inadmisión del recurso.

Ahora bien la interposición del recurso obliga a una primera decisión que es comprobar por parte del Tribunal (artículo 23 RD 814/2015) el cumplimiento de los requisitos para ser admitido (artículo 22.1 RD 814/2015): su competencia, la legitimación y representación del recurrente, si el recurso se refiere a los contratos, se interpone contra uno de los actos contemplados en el artículo 44 .1 y 2 LCSP2017 (Resolución nº 249/2018, de 7 de septiembre del TARCAAnd), cumplimiento de los plazo del artículo 50.1 LCSP2017 y el acompañamiento de los documentos referidos en el artículo 51.1 LCSP2017.

Es destacable la existencia en el anteproyecto de una letra más en el artículo 55, e/ como era: "*Haber presentado la oferta o solicitud de participación con carácter previo a la interposición del recurso contra los pliegos y documentos contractuales en el mismo procedimiento de adjudicación, en los términos previstos en el último párrafo del artículo 50.1.b)*". Previsión que resultó suprimida en la LCSP 2017 al presentar el Consejo de Estado una observación de carácter esencial según el artículo 130.3 de su Reglamento Orgánico, optando por su inadmisión en base a razones como que "por su carácter de cierre del acceso al recurso, ha de tener carácter excepcional en orden a asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la

Constitución. Como se ha razonado, el hecho de haber participado en la licitación no debe valorarse -sin atención a las circunstancias que concurren en el caso y a la causa de invalidez que se esgrime- como un motivo de inadmisión, sino a lo sumo de desestimación del recurso”.

Al respecto no se puede perder de vista la figura de la cosa juzgada administrativa. Mientras que en el recurso especial interpuesto frente a la resolución de adjudicación, la Resolución nº 20/2017, de 8 de junio (FD7), del TARCEX analizó el principio de cosa juzgada administrativa (siguiendo la doctrina de las Resoluciones nº 58/2016, de 29 de enero y nº164/2017, de 10 de febrero del TACRC y SSTs de 12 de junio de 1997 y 5 de abril de 1965; Dictámenes del Consejo de Estado de 18 de julio de 2002 y 3 de marzo de 2005 que suponen quedar vedada reproducir ante el Tribunal administrativo cuestiones ya fueron resueltas por decisión de éste, contra la que no se dedujo recurso contencioso-administrativo) acordó que la causa de inadmisión del recurso se debió a la intangibilidad de las resoluciones administrativas.

En cualquier caso el acceso a la jurisdicción (SSTC nº 102/2009 y de 11 de abril de 2013) el TACPNV (Acuerdo nº 90/2018, de 11 de septiembre de 2018) supone que la eficacia del recurso especial y el efector útil de las Directivas, obliga a una interpretación de las causas de inadmisión, que facilite el control de las posibles ilegalidades y por eso que se mostrara partidario de que las causas de interposición de la reclamación son tasadas, conforme a una interpretación restrictiva de la concurrencia de causa de inadmisión fundada en tal motivo. “Interpretación restringida que se impone,



especialmente, en lo referente a la ausencia de fundamento, a fin de evitar que esta vía sea utilizada como una fórmula de desestimación anticipada de la reclamación".

IV. CONCLUSIONES.

La satisfacción de los intereses generales que guían el actuar de la Administración, provoca que cuando la prestación de consentimiento contractual se realiza por una Administración o ente público, dada la finalidad a que debe tender toda acción administrativa de satisfacción con objetividad de los intereses generales, la inicial libertad contractual se encuentra singularmente matizada, a causa de que la Administración no puede contratar con quién quiere, sino con quién debe, es decir con el mejor interesado a establecer vínculos contractuales con ella (STS de 20 de Diciembre de 2007). Con esta realidad reconocida y aceptada el recurso especial en materia de contratación pública se configura como un instrumento de origen comunitario que en la actualidad habilita un efectivo control a la Administración en este sector capital como es la contratación pública.

Analizadas las fases del procedimiento de este medio y herramienta de protección y control que es el recurso especial, en ellas se ha podido observar básicamente gracias a las resoluciones de los órganos encargados de la resolución, sea el Tribunal Central sean los respectivos Tribunales de contratos autonómicos, se protegen los derechos de los licitadores y se obliga a la Administración contratante, sean las medidas cautelares y el efecto de la suspensión, los plazos y actos objeto del recurso: anuncio de licitación, los pliegos, los actos de trámite o la adjudicación; el lugar de presentación, los efectos de

la interposición, el contenido del recurso y en su caso su posible subsanación o la inadmisión del recurso .Fases que buscan la rapidez y eficacia de este mecanismo que otorgan confianza a los licitadores y reducen la litigiosidad en sede de la jurisdicción contencioso-administrativa. Logrando además el mejor cumplimiento de interés público, la eficacia y eficiencia en la gestión contractual y la eliminación de posibles corrupciones.

BIBLIOGRAFIA

BAÑO LEÓN, J.M., " *La reforma del procedimiento. Viejos problemas no resueltos y nuevos problemas no tratados*", Documentación Administrativa (DA), nº 2, Enero-diciembre, 2015, pp.3.

BASSOLS COMA, M., " *La confidencialidad en la resolución del recurso especial en materia de contratación en el sector de la defensa y la seguridad pública y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*", Revista Documentación Administrativa (DA), nº 288, Septiembre-diciembre, 2010, pp.118.

BLANCO LÓPEZ, F., " *Recurso especial en materia de contratación. Extemporaneidad*", Anuario Aragonés del Gobierno Local, 2013, nº 5, pp. 502,504 y 505.

BUENO ARMIJO, A., y RODRÍGUEZ PORTUGUÉS , M.A., " *El "Fumus Boni Iuris" como criterio contrario al solicitante de medidas cautelares.¿ Un traidor entre los aliados? Comentarios a los autos del TSJ de Cataluña, de 16 y 17 de junio de 2006, sobre suspensión cautelarísima del referéndum sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña*", Revista de



Administración Pública, nº 172, Madrid, Enero-abril, 2007, pp. 227-253.

CAMPOS ACUÑA, C., *"10 Novedades sobre Transparencia e Integridad en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público"*, El Consultor de los Ayuntamientos, nº 22, Sección Zona Local / Observatorio de Transparencia, Quincena del 30 Nov. al 14 Dic. 2017, Ref. 2718/2017, pp. 2718, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *"El papel de los medios electrónicos en la lucha contra la corrupción"*, Revista Vasca de Administración Pública (R.V.A.P.), nº 104-II, Enero-abril, 2016, pp.199.

COTINO HUESO, L., *"Retos Jurídicos y Carencias Normativas de la Democracia y la Participación Electrónicas"*, Revista Catalana de Dret Públic, nº35, 2007.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *"El recurso especial en materia de contratación: procedimiento y resolución. El nuevo reparto jurisdiccional (1) "*, Contratación Administrativa Práctica, nº 153, Sección Reflexiones, Enero-Febrero 2018, Editorial Wolters Kluwer.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *"Nuevas medidas cautelares «positivas»: La imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de continuar un procedimiento, eliminando un obstáculo inicial sin apariencia de buen derecho. (Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de octubre de 1991)"*, Revista da Administración Pública, nº126, Madrid, Septiembre-diciembre, 1991.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T,R,. "*Curso de Derecho Administrativo. Tomo. II*", 11^a edición, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 659.

GALLARDO CASTILLO, M^a. J., "*Transparencia, poder público y derecho a la información*", Cuadernos Manuel Giménez Abad, nº 8, Diciembre, 2014. pp.159.

Gómez-Acebo & Pombo Abogados, Grupo de Contratos del Sector Público, "*El recurso especial en materia de contratación: el manejo de los plazos y de los segundos y ulteriores recursos*" , nº65, 2015.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., "*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), Tomo II*", 4.^a edición, Ed. Civitas, Madrid, 2003, pp.2350.

GONZÁLEZ-VARA IBÁÑEZ, S., "*El particular entendimiento de la publicidad y de la transparencia en fase de licitación*", Contratación Administrativa Práctica, nº 142, Sección Reflexiones, Marzo, 2016, Editorial LA LEY.

GUTIERREZ COLOMINA, V., "*Guía sobre el Procedimiento Administrativo común y Especialidades*", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp.109 a 113.

IZU BELLOSO, M.J.," *El «pie de recursos» y la notificación de los actos administrativos*", Revista de Administración Pública, nº 193, Madrid, Enero-abril, 2014, pp.200 y 207.

LUCAS VERDÚ, P., "*Curso de Derecho Político. Volumen II*", Ed Tecnos, Madrid, 1983, pp. 242.



MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., "*Diez actuaciones esenciales que hemos de realizar los aplicadores de la LCSP antes de su entrada en vigor*", El Consultor de los Ayuntamientos, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY 18089/2017.

MENÁNDEZ SEBASTIÁN, E. M^a., "*Virtualidad práctica del recurso especial en materia de contratación pública: Una figura inacabada*", Revista de Administración Pública, nº 188, Madrid, Mayo-agosto , 2012, pp.369.

MESTRE DELGADO, J. F., "*El control de la adjudicación de los contratos públicos a tenor del derecho comunitario europeo. Una nueva ordenación de las medidas cautelares. Comentario a la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989*", Noticias de la Unión Europea (UNED), nº 74, 1991, pp. 328-330.

MIGUEZ MACHO, L., " La notificación en clave electrónica: Análisis del modelo a la luz de las garantías de procedimiento " en "*El nuevo procedimiento administrativo local tras la Ley 30/2015*", (Coord. CAMPOS ACUÑA, C.), Ed. El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados, Ed. Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2016, pp.362.

NAVAJAS REBOLLAR, M., "*Las novedades en la regulación del procedimiento administrativo común en la Ley 39/2015*", revista EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho, nº 63, Ed. Iustel, Octubre, 2016.

NOGUERA DE LA MUELA, B., "*El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que*

se modifica la Directiva 89/665/CEE", Revista Aragonesa de Administración Pública, nº Extra 10, 2008 ,pp.305.

OLIVARES HORTAL, A., *"Confidencialidad y transparencia en contratación pública"*, Revista del Gabinete Jurídica de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, (GABILEX) , nº7, Septiembre , 2016.

PALOMAR OLMEDA, A., *"Procedimiento Administrativo"*, 2ª ed. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp.370.

PARDO GARCÍA-VALDECASAS, J.J., *"La Ley de Contratos del Sector Público :análisis de las modificaciones introducidas por la Ley 34/2010, de 5 de agosto"*, Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), Análisis, nº 25, Diciembre, 2010, pp. 27. Ley 11/2007, derogada desde de 2 de octubre de 2016, por la Disposición derogatoria única.2.b/ de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

PIÑAR MAÑÁS, J.L., *"Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno"*, Revista catalana de dret públic, nº49, diciembre, 2014, pp.7 y 8.

PIÑAR MAÑÁS, J.L., *"Administración electrónica y protección de datos personales"*, Dereito Monográfico: Estudios sobre la modernización administrativa, 2011, pp. 161-162 y "Sociedad ,Innovación y Privacidad", Revista de Economía, ICE (Información Comercial Española) , en *"El cambio digital en la economía. Un proceso disruptivo"*, nº897, Julio-agosto, 2017, pp.70.

RODRÍGUEZ PÉREZ, R., *"Confidencialidad de las ofertas: valoración de lo que debe entenderse confidencial"*,



Contratación Administrativa Práctica, nº 148, Sección La administración opina, Editorial Wolters Kluwer, Marzo, 2017.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *"Las Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en España"*, II Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, Monterrey, 27-30 de abril, 2005, pp.447.

RAZQUÍN LIZARRAGA, J.A., *"El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público"*, Revista General de Derecho Administrativo, nº 25, 2010, pp.37.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *"Los proyectos de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público: Una primera evaluación"*, Revista Documentación Administrativa (DA), nº 2, Enero-diciembre, 2015, pp.12 y 13.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *"Los Recursos Especiales en Materia de Contratos del Sector Público"*, Ed. Thomson Reuters, ARANZADI, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp.158-159.

TERRERO CHACÓN, J.L., *"Medidas cautelares"*, en *"Jurisdicción Contencioso-Administrativa, (Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa"*, (Dir. ARNALDO ALCUBILLA, E., y FERNÁNDEZ VALVERDE, R.), 2ªed, Ed. La Ley, Madrid, 2006, pp.1079 a 1135.

PINTOS SANTIAGO, J., *"Principales novedades en la Ley de Contratos del Sector Público"*, Xornada práctica sobre a aplicación da nova Lei de Contratos do Sector Público

no ámbito local, Deputación de Pontevedra, 12 de abril de 2018.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *"Análisis de los rasgos y peculiaridades del recurso especial en materia de contratación pública: en la senda hacia el cumplimiento efectivo del derecho a una buena administración"*, XI Congreso anual de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Zaragoza, 2016.

LOS CONTRATOS “PÚBLICOS” ARTÍSTICOS EN LAS ARTES ESCÉNICAS

“Public” Artistic contracts in the performing arts

Núria Mombiela Lobato

Servicios Jurídicos del Teatre Nacional de Catalunya, SA
(TNC)

RESUMEN: El 9 de marzo de 2018 entró en vigor la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Se trata de una norma básica y, por tanto, aplicable a todo el Estado, sin perjuicio del desarrollo que puedan hacer las Comunidades Autónomas (CCAA).

En este trabajo se pretende analizar su impacto en aquellos sectores donde no se gestionan habitualmente procedimientos administrativos, concretamente cómo se puede aplicar esta nueva legislación en el sector artístico, especialmente en las artes escénicas, sin llegar a morir en el intento.

¿Qué hay que hacer para contratar a un/a escenógrafo/a o a un/a figurinista, con la nueva ley en la mano? ¿El teatro tiene la consideración de administración pública? ¿Es un poder adjudicador no administración pública? ¿Cómo contrato un músico o un/a coreógrafo/a para mi espectáculo? ¿Y si quiero contratar a una compañía



teatral en el teatro del municipio? ¿Y si la compañía es extranjera?

La casuística es muy amplia, y las preguntas casi infinitas. No pretendo dar respuesta a todas, tan sólo intentar incardinar estas necesidades en la nueva Ley y dar algunas respuestas y/o propuestas, desde mi experiencia e interpretación para que puedan aportar alguna luz a los **actores** en estos procedimientos.

PALABRAS CLAVE: artes escénicas, contratos *artísticos*, contratos *no artísticos*, contratos públicos, contratos privados, expediente de contratación artístico, equipos artísticos, compañías.

ABSTRACT: On March 9, 2018, Law 9/2017, of November 8, on Public Sector Contracts (LCSP) entered into force. It is a basic norm and, therefore, applicable to the whole State, without prejudice to the development that the Autonomous Communities (CCAA) can do.

This paper aims to analyze its impact in those sectors where administrative procedures are not usually managed, specifically how this new legislation can be applied in the artistic sector, especially in the performing arts.

What needs to be done to hire a set designer or figurine, with the new law in hand? Is the theater considered public administration? Is a contracting authority not public administration? How do I hire a musician or choreographer for my show? What if I want to hire a theater company in the theater of the municipality? And if the company is foreign?

The casuistry is very broad, and the questions almost endless. I do not intend to respond to all, just try to

incardinate these needs in the new Law and give some answers and/or proposals, from my experience and interpretation so that they can bring some light to the **actors** in these procedures.

KEY WORDS: performing arts, artistic contracts, non-artistic contracts, public contracts, private contracts, artistic contracting file, artistic teams, companies.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1.1. Las artes escénicas en España. Definición. 1.2. Problemas planteados con relación a la LCSP. **II. REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS ARTÍSTICOS.** 2.1. LA 4ª GENERACIÓN DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: encaje del contrato “público” *artístico* en el derecho europeo. 2.2. LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: encaje del contrato “público” *artístico* en el derecho español. 2.3. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA. Informes de las JCCA y de los Tribunales Contractuales. **III. EL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN EN EL CONTRATO ARTÍSTICO.** 3.1. TIPOLOGÍA DE CONTRATOS. 3.1.1 *Contratos artísticos.* 3.1.2 *Contratos de contenido creativo.* 3.1.3. *Contratos no artísticos.* 3.2. ADECUACIÓN DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN A LA LCSP. 3.2.1 *Preparación del expediente.* 3.2.2 *Tramitación electrónica del expediente.* 3.2.3 *Licitación, adjudicación y formalización del contrato artístico.* **IV. CONCLUSIONES.**



I. INTRODUCCIÓN

1.1. Las artes escénicas en España. Definición

Las artes escénicas son todas aquellas manifestaciones artísticas creadas para ser representadas sobre un escenario. Son, en definitiva, las artes destinadas al estudio y práctica de cualquier tipo de obra escénica o escenificación, toda forma de expresión capaz de inscribirse en la escena: el teatro, la danza, la música y, en general, cualquier manifestación que se lleve a cabo en algún tipo de espacio escénico, tanto en salas como en cualquier espacio destinado a realizar cualquier tipo de espectáculo en vivo, como ocurre con los espectáculos ambulantes (por ejemplo, el circo o el teatro callejero). Las artes escénicas son creadas directamente para un público que asiste a la representación: teatro hablado, cantado, bailado o gestual. No tiene ninguna importancia la forma del escenario-sala, lo que cuenta es la inmediatez de la comunicación al público a través de los actores, bailarines, mimos, cantantes...).

En España la gestión del sector cultural, especialmente el de las artes escénicas, se caracteriza por su alta dependencia política y económica de los poderes públicos y por el papel que desarrollan los espacios teatrales –mayoritariamente de titularidad pública– como intermediarios entre la producción privada y el consumidor final.

El “sistema escénico”⁶⁰ se compone de dos mercados diferenciados, el de la producción y el de la difusión o

⁶⁰BONET, Lluís y VILLARROYA, Anna. “La estructura de mercado del sector de las artes escénicas en España” en Estudios de economía aplicada vol. 27-1, 2009 Págs. 197-222.

exhibición. En el primero de ellos, las compañías o artistas financian su actividad fundamentalmente sobre la base del caché⁶¹ recibido por la venta de sus funciones a los teatros y de las subvenciones otorgadas por distintas administraciones públicas (AAPP). En el segundo, los festivales y los espacios escénicos demandan producciones para a su vez, difundirlas o exhibirlas.

El problema es que para mantener esa cadena (artistas-obras-teatros-espectadores), la mayoría de los recursos aportados, directa o indirectamente, provienen de las AAPP. Los ingresos de taquilla o por patrocinio cubren parcialmente la difusión, pero no cubren la facturación total por caché.

Asociaciones culturales⁶² como la Red Española de Teatros, Auditorios, Circuitos y Festivales de Titularidad Pública (RED DE TEATROS), la Asociación de Representantes Técnicos del Espectáculo (ARTE), los TEATROS en XARXA o el Sistema Público de Equipamientos Escénicos y Musicales (SPEEM) en Catalunya o la Red Aragonesa de Espacios Escénicos, entre otras, son las encargadas de que esa "cadena" no se rompa. El objetivo fundamental de este tipo de

Departamento de Economía Política y Hacienda Pública.
Universidad de Barcelona. (Fecha de consulta: 25/01/2019)

⁶¹ Tarifa que cobran los autores, directores o compañías por categoría artística. Se puede consultar las tarifas de los actores y actrices y personal de audiovisual de la Comunidad de Madrid para 2019 en www.guiadeactores.com

⁶² Como la Asociación de actores y actrices (estatal y la catalana), Asociación de autores de teatro, Asociación de directores de escena de España (ADE), Asociación española de productores de espectáculos teatrales, y muchas más en sus ámbitos territoriales y algunas de proyección internacional.



organizaciones en red es el aprovechamiento de los recursos técnicos y económicos que se destinan, tanto por parte de las AAPP como de los agentes privados, y consolidar la actividad cultural en los municipios y distribuirla homogéneamente, a fin de garantizar el derecho de la ciudadanía a acceder en condiciones de igualdad a la cultura.

1.2. Problemas planteados con relación a la ley 9/2017, de 8 de noviembre

La nueva LCSP ha irrumpido en el sector, y no ha sido bien recibida. La Junta Directiva de A.R.T.E, en una carta abierta en su revista *ESCENARIOS*⁶³, denuncia que existe una gran dispersión de criterio de las Corporaciones Locales y una falta de interpretación unívoca del texto legal. En concreto se cita la falta de criterio unificado en la formulación de pliegos en los concursos públicos, falta de claridad y objetividad, y esto influye directamente en la actividad de los programadores y productores. Necesitan, y, por tanto, reclaman a las autoridades una aplicación razonable y acomodada a las necesidades y características del sector.

Diversos artistas, como Àlex Mañas⁶⁴, autor y director de teatro, denuncian que pedir una subvención (o ser “contratista” público) es tan complicado que casi se tiene que disponer de otra persona contratada para realizar las gestiones. E incluso en Europa, donde se disputan las vacantes para ocupar los cargos directivos de festivales

⁶³ Carta Abierta, apartado Editorial de la *Revista Portavoz de la Asociación de Representantes Técnicos del Espectáculo* (A.R.T.E), núm. 218 (enero-febrero 2019), página 10.

⁶⁴ *Revista EntreActe*, www.entreacte.cat, núm. de 31 de enero de 2019

y teatros de responsabilidad pública, se tratan de manera opaca estas contrataciones.⁶⁵

Ciertamente, no es fácil, la dispersión es muy amplia. Las restricciones económicas y la poca inversión en cultura tampoco ayudan. El poco presupuesto que hay para las producciones, y los repartos del taquillaje entre la compañía y el teatro no les permiten “sobrevivir”.

En particular, la gestión contractual de los teatros se ve muy afectada puesto que la naturaleza jurídica de los espacios escénicos es muy diversa, ya sean privados, constituidos como asociaciones, fundaciones u otras formas, ya sean públicos, adscritos o dependientes de cualquiera de los niveles de administración estatal, autonómica o local; además de la diversidad subjetiva de los artistas-contratistas (personas físicas, sociedades civiles, personas jurídicas, en sus diferentes formas). Hay que conducir esta contratación a su gestión y tramitación a través de los diferentes procedimientos que ofrece la nueva LCSP, sin olvidarnos de la transformación digital de trasfondo.

En el documento de síntesis de la Consulta abierta al sector público y al sector privado realizada por la Comisión Europea en 2011 ya se reflejaron tres demandas: la necesidad de simplificar los procedimientos y hacerlos más flexibles, que fuese a través de menores cargas administrativas relacionadas con la elección del licitador y permitir un mayor uso del

⁶⁵ Se trata de centros controlados, en más o en menos por la Administración, que prefieren mandatos largos, de 4 o 5 años y son muy opacos con los honorarios. Artículo muy interesante de Juan Carlos Olivares Padilla, “*La desfilada europea dels directors artístics*” en el número de 31 de enero de 2019 de la revista *EntreActe*. www.entreacte.cat



procedimiento de licitación con negociación. La intención es acercarse y contribuir positivamente con este trabajo.

II. REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS ARTÍSTICOS EN LA LEGISLACIÓN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.1. LA 4ª GENERACIÓN DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: encaje del contrato "público" *artístico* en el derecho europeo.

La única vez que se menciona "**artístico**" en el texto de la Directiva 2014/24/UE es en el Considerando 50, al hacer referencia a la utilización del procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación, de manera excepcional, *"cuando esté claro desde el principio que la publicación no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo, porque objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato. Este es el caso de las obras de arte en las que la identidad del artista determina intrínsecamente el valor y el carácter únicos del propio objeto artístico. La exclusividad puede también surgir por otros motivos, pero solo las situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el recurso al procedimiento negociado sin publicación, siempre que la situación de exclusividad no haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación"*.

Si seguimos analizando, la palabra "**intelectual**" sale 10 veces, y teniendo en cuenta la propia definición de propiedad intelectual como conjunto de derechos de carácter personal y patrimonial que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación

de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley (artículo 2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual-TRLPI), podemos encontrar:

a) *Considerando 43*: el procedimiento a utilizar para contratar servicios intelectuales es la licitación con negociación o el diálogo competitivo. Hay que destacar que estas previsiones son novedosas respecto de la Directiva 2014/24/UE que propone la utilización del procedimiento de licitación con negociación o el diálogo competitivo cuando se trata de servicios intelectuales, en especial para servicios de consultoría, de arquitectura o de ingeniería, pero también utilizables en la contratación de la construcción de las escenografías o la confección del vestuario⁶⁶.

b) *Considerando 67 y artículo 35*: que establecen la no adecuación del uso de la subasta electrónica para la contratación de servicios que impliquen funciones de carácter intelectual, aplicable a los servicios de carácter artístico, ya que *"no pueden clasificarse mediante métodos de evaluación automatizados"*.

c) *Artículo 32.2.b i)* reserva del procedimiento negociado sin publicidad cuando se trate de contratar actuaciones

⁶⁶ Considerando 43: «Para los servicios o suministros que exijan un esfuerzo de adaptación o de diseño, el recurso al procedimiento de licitación con negociación o al diálogo competitivo puede resultar valioso. Este esfuerzo de adaptación o de diseño resulta especialmente necesario en los casos de adquisiciones complejas, por ejemplo, cuando se trata de productos sofisticados, servicios intelectuales, por ejemplo, algunos servicios de consultoría, de arquitectura o de ingeniería, o grandes proyectos relacionados con las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC).»



artísticas únicas y proteger derechos de propiedad intelectual.

d) *Considerando 94*: que admite como criterio de adjudicación la experiencia del personal encargado de la ejecución del contrato cuando se trata de servicios de carácter intelectual.

Y, por último, buscando la palabra “**cultural**”, hay que destacar el *Considerando 23* que establece que en la adjudicación de los contratos de relevancia cultural puede que no sea adecuada la aplicación de las normas de adjudicación de contratos. (...) como las actuaciones artísticas.

De todo lo anterior, podemos concluir que los contratos *artísticos* no se regulan como tales, no son contratos específicos por su objeto cultural, intelectual o artístico, pero sí que se pueden incardinar en la legislación de contratación pública. Tal y como indica la Directiva 2014/24/UE, conviene establecer una excepción para los contratos públicos de servicios destinados a las producciones o coproducciones de programas culturales o artísticos, y también de los servicios preparatorios como los relativos a los guiones, obras o las actuaciones artísticas necesarias para la realización del programa. Esta exclusión, sin embargo, no debe aplicarse al suministro de material técnico para la producción, como la compra de *attrezzo*, confección de vestuario o construcción de una escenografía y que analizaré como contratos *no artísticos* más adelante.

Breve referencia a la regulación de los contratos artísticos fuera del derecho europeo

Como referencia a la regulación de los contratos artísticos en otras legislaciones, cabe mencionar a título

de ejemplo (o curiosidad), el *Acuerdo de la Asociación entre UE y Chile* (18/12/2002) reconoce en su artículo 145 el procedimiento de licitación diferente al abierto o restringido por causa de razones técnicas o *artísticas* o por cualquiera otra razón relacionada con la protección de derechos exclusivos, el contrato sólo pueda ser ejecutado por un determinado proveedor y no haya una alternativa o un sustituto razonable, y el *Protocolo de Contratos Artísticos del Ministerio de Cultura de Uruguay*, donde se establecen las normas para la contratación de artistas. Es requisito *sine qua non* que los artistas deben estar inscritos en el Registro Nacional de Artistas y Actividades Conexas⁶⁷ y su contratación se realizará fuera de la relación de dependencia, en forma individual como trabajador no dependiente (por ejemplo, una empresa unipersonal, sociedad de hecho, sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, etc.); o a través de las Cooperativas de Artistas y Oficios Conexos.

En cualquiera de los casos (cooperativa o empresa, no la persona física), se deben registrar en el Registro de Proveedores del Estado (RUPE). Para el caso de artistas no residentes en Uruguay no es necesario cumplir con lo anterior, y se retendrá el 12% del Impuesto a la Renta de No Residentes (IRNR).

Los artistas⁶⁸ se podrán contratar a través de dos vías o procedimientos: el de compra directa por excepción con

⁶⁷ en el marco de la Comisión Certificadora creada por el Artículo 5º de la Ley 18.384

⁶⁸ *Ley 18.384 Artículo 1 (Alcance subjetivo). - La actividad de los artistas intérpretes o ejecutantes y las actividades u oficios conexos a dicha profesión se regirán por las disposiciones de la presente ley. Se entiende por artista intérprete o ejecutante a todo aquel que represente un papel, cante, recite, declame,*



cooperativas (hasta el umbral establecido para la licitación abreviada), o procedimiento de compra directa por empresa (hasta el límite de la compra directa).

2.2. LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: encaje del contrato "público" artístico en el derecho español

La nueva Ley de contratos del sector público (LCSP) en España ha provocado un cambio de paradigma: la contratación pública garantizaba los intereses públicos dentro de los contratos celebrados por las AAPP a través de establecer prerrogativas, ahora, se basa en el derecho comunitario europeo de contratación pública y antepone todos los principios generales (PG) -no discriminación, publicidad, igualdad, transparencia...- para garantizar el establecimiento del mercado interior en la UE. Seguimos teniendo reguladas las prerrogativas en los artículos 188 y 189 de la LCSP para las AAPP.

La nueva Ley mantiene la clásica distinción entre "contratos administrativos", es decir, los contratos sujetos en todas sus fases a la legislación contractual pública, y los "contratos privados", aquellos a los que les es de aplicación únicamente en las fases de preparación y adjudicación⁶⁹. Los contratos *artísticos* son

interprete o ejecute en cualquier forma una obra artística, la dirija o realice cualquier actividad similar a las mencionadas, sea en vivo o registrada en cualquier tipo de soporte para su exhibición pública o privada. Se entiende por oficios conexos, aquellas actividades derivadas de las definidas en el inciso anterior y que impliquen un proceso creativo. Decreto reglamentario 266/09 del 3 de Junio de 2009 de la ley 18384

⁶⁹ Sin perjuicio que sea de aplicación a más fases del procedimiento contractual dependiendo del ámbito subjetivo de la entidad contratante. Por ejemplo, el Instituto Nacional

considerados administrativos de carácter privado cuando los gestione una AAPP (artículo 25.1.a) y son privados cuando los gestione cualquier otro ente u organismo del sector público (artículo 26).

La LCSP no recoge una serie de previsiones específicas para la adjudicación de los contratos de servicios *artísticos*, pero como novedad, sí que los recoge para los que tienen por objeto prestaciones de carácter intelectual, aunque ni las define de manera expresa ni da dictado alguno para interpretar qué se entiende por prestaciones de carácter intelectual, encontrando referencias a lo largo del articulado de la Ley.⁷⁰

Alguna de estas reglas especiales aplicables a los servicios que comprenden prestaciones de carácter intelectual son las siguientes:

- a) Se reconoce expresamente «la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo» en la Disposición Adicional cuadragésima primera. No se considera que realice una lista tasada de servicios. Así, otros contratos pueden ser considerados como tales como, por ejemplo, la impartición de formación,

de las Artes Escénicas y de la Música (INAEM), Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Educación y Cultura o el Teatre Nacional de Catalunya (TNC), sociedad anónima participada en su totalidad por la Generalitat de Catalunya, tiene la consideración de poder adjudicador no administración pública, y de acuerdo con el artículo 26 de la LCSP, los contratos que promueva han de ser calificados como privados.

⁷⁰ Artículos 160.4, 183.3, 168.d, 143.2, 159.6. LCSP



los servicios jurídicos, tecnológicos, de consultoría, y en general, científicos⁷¹.

- b) Para la adjudicación de servicios intelectuales de especial complejidad, la LCSP considera especialmente adecuada la utilización del procedimiento restringido, y un procedimiento negociado sin publicidad con el ganador o ganadores de un concurso de proyectos. No podrá utilizarse la subasta electrónica (artículo 143.2) ni resulta aplicable el procedimiento abierto simplificado abreviado que regula el artículo 159.6.

Trasladadas estas consideraciones al ámbito artístico, el procedimiento más adecuado sería el procedimiento negociado sin publicidad, y sin concurrencia, constituyéndose, de todas todas, un procedimiento excepcional en todos los casos, que encuentra su encaje perfecto en el artículo 168.a. apartado 2º de la LCSP. Razones como “representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español”, “protección de derechos exclusivos, incluidos los de propiedad intelectual”, “no exista una alternativa o sustituto razonable” o “la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato”, son de aplicación intrínseca en los contratos *artísticos*.

Por otro lado, igual que en los contratos de prestaciones de carácter intelectual, el precio no podrá ser el único

⁷¹SANMARTÍN MORA, M. A. (2018): “La contratación de prestaciones de carácter intelectual en la Ley 9/2017 de contratos del sector público”. *Observatorio de Contratación Pública*.

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.342/relcategoria.121/relmenu.3/chk.22526a1a262b201d1ee7b78e398eb1e7> (Fecha consulta 22-01-2019).

factor determinante de la adjudicación; existe obligación de utilizar varios criterios (artículo 145.3); en concreto, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 % de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas (artículo 145.4). En el ámbito artístico, la subjetividad es casi total del/la director/a artístico/a, ya que es su competencia y función la programación artística de cada temporada, basándose pues en criterios artísticos, perfectamente incardinables en la posibilidad establecida en el artículo 145.2 de la LCSP⁷².

Otras vicisitudes que afectan en especial a la contratación de prestaciones intelectuales, y por ende a los contratos *artísticos*, sería la justificación de la necesidad del contrato y el informe de insuficiencia de medios.⁷³ Esta justificación es especialmente relevante en la contratación de servicios de carácter intelectual, pues habrá que justificar la imposibilidad de acometerlos

⁷² el artículo 145.2 LCSP incluye en el apartado 2.º la posibilidad de valorar «la organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución».

⁷³ El artículo 30.3 LCSP dispone que: «La prestación de servicios se realizará normalmente por la propia Administración por sus propios medios. No obstante, cuando carezca de medios suficientes, previa la debida justificación en el expediente, se podrá contratar de conformidad con lo establecido en el Capítulo V del Título II del Libro II de la presente Ley».

En concordancia, el artículo 116 exige que se incluya en la preparación del expediente para la adjudicación de los contratos de servicios, el informe de insuficiencia de medios que deberá ser objeto de publicidad en el perfil de contratante a tenor del artículo 63.3 LCSP.



con empleados públicos, y además tener en cuenta que estos contratos no pueden encubrir relaciones laborales. A este respecto el artículo 308.2 LCSP advierte de que en ningún caso la entidad contratante podrá instrumentar la contratación de personal a través del contrato de servicios, incluidos los que por razón de la cuantía se tramiten como contratos menores.

Un caso reciente en el ámbito artístico teatral lo tenemos en la fundación pública "Teatro Real" de Madrid. La Inspección del Trabajo ha considerado ilegal la cesión de los trabajadores del Coro del Teatro, gestionado por la empresa Intermezzo, concesionaria del servicio, ya que los coristas y pianistas no están contratados por el propio teatro.⁷⁴

Entre los temas de mayor impacto y más complejos de tratar en el ámbito artístico, está la obligación de gestionar íntegramente el proceso de contratación de forma electrónica. La LCSP obliga a la tramitación exclusivamente electrónica de todos los procedimientos, de extremo a extremo⁷⁵. Esto conlleva que los pliegos, los anuncios, las ofertas, las comunicaciones, las notificaciones, las facturas, han de tramitarse en formato electrónico, sin perjuicio de la utilización de las diferentes plataformas de contratación (la del Estado, las de las CCAA, las de entidades locales). Así se recoge en la LCSP y en especial en la Disposición Adicional (DDAA) 15^a sobre las normas relativas a los medios de

⁷⁴ Artículo de eldiario.es de fecha 23 de abril de 2019 en: https://www.eldiario.es/economia/Inspeccion-Trabajo-considera-Teatro-Real_0_891711187.html

⁷⁵ MORENO MOLINA, JA y otros: "Informe Jurídico sobre el uso obligatorio de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la LCSP", disponible en <http://informelcsp.es> (fecha consulta 29/12/2018)

comunicación utilizables en los procedimientos de contratación, la DDAA 16ª sobre el uso de medios electrónicos en los procedimientos y la DDAA 17ª sobre los requisitos específicos de las herramientas de recepción electrónica de documentos.

Otro de los temas a mencionar, siempre controvertido, es el de los derechos de propiedad intelectual. El artículo 308 LCSP establece que salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de este a la AAPP contratante. En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público. Este tipo de contratos son los que más adelante analizaré como *“contratos de contenido creativo”*.

Hay que estar a cada tipo de contrato para regular los derechos correspondientes.

2.3. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA. Informes de las JCCA y de los Tribunales Contractuales

Antes de la entrada en vigor de la LCSP este tipo de contratos, independientemente de su importe, se trataban todos, en general, por el procedimiento negociado sin publicidad. Pero ahora, si el importe no supera el límite de los 15.000 euros cabría la posibilidad de su tramitación a través del contrato menor, regulado en el artículo 118 LCSP, haciéndose constar en la memoria justificativa del expediente alguna o algunas de



las causas y en los términos que figuran en el artículo 168 a 2º) de la misma Ley.

La Junta de Contratación del Estado se ha pronunciado recientemente en su informe 7/2018⁷⁶, permitiendo el contrato menor cuando no supere la cuantía y así dice: *"...a la luz de la nueva Ley 9/2017 podemos apreciar que el artículo 168 a) 2º alude a esta causa nuevamente, por lo que podemos llegar a la conclusión de que resulta posible seguir recurriendo al procedimiento negociado sin publicidad para contratos de carácter artístico en que la prestación tenga la peculiaridad de su carácter único, sin perjuicio de que cuando resulte procedente en función del valor estimado del contrato también se pueda utilizar el contrato menor."*

En los últimos años, España ha cometido muchas irregularidades en materia de contratación que han sido denunciadas ante la UE, entre ellas, el abuso del procedimiento de adjudicación directa y del procedimiento negociado sin publicidad, y que se han traducido en sanciones y multas económicas muy elevadas. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 13 de enero de 2005 en el asunto C-84/03, es fruto de la aplicación del procedimiento de incumplimiento por parte de la CE ante España y como consecuencia de la incorrecta transposición de las Directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE a su ordenamiento jurídico interno.

La utilización del procedimiento negociado sin publicidad es excepcional, como ya ha argumentado la doctrina y la

⁷⁶ Informe completo:

<http://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes2018/07-18.%20Admisibilidad%20cto%20menor%20para%20ciertos%20contr.pdf>

jurisprudencia. Veamos cómo lo han analizado las Juntas Consultivas de Contratación Pública, del Estado y de las CCAA, así como los Tribunales Contractuales en relación con la contratación *artística*.

En cuanto a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCAE):

- *Informe 41/96, de 22 de julio de 1996, que se pronunció concretamente sobre contratos de contenido creativo o artístico, como por ejemplo, la contratación de una orquesta o una compañía de teatro, manifestó que: "las razones artísticas son suficientes para considerar que sólo puede encomendarse el objeto del contrato a un único empresario, pues una interpretación contraria dejaría vacío de sentido el precepto u obligaría a una labor ímproba de determinar cuándo una obra artística puede ser llevada a cabo o no por otro artista o empresario, introduciendo un elevado grado de inseguridad jurídica."*

- *Informe 11/04, de 7 de junio de 2004. Aplicación de este procedimiento para la contratación de la redacción de un proyecto arquitectónico con un sólo profesional en la consideración de que se está encargando un trabajo "artístico": La JCCAE argumenta que "La utilización del procedimiento negociado tiene carácter excepcional y solo procede cuando concurren las causas taxativamente previstas en la ley, que son de interpretación estricta y han de justificarse "debidamente" en el expediente. (...) Resulta evidente, por tanto, que esta causa justificadora del procedimiento negociado no reside en el carácter artístico del trabajo, sino en que únicamente haya un empresario o profesional al que pueda encargársele el trabajo, sea por razones técnicas, artísticas o de exclusividad de derechos."*



-Informe 35/06, de 30 de octubre de 2006, que argumenta el uso de este procedimiento cuando se hayan de proteger derechos exclusivos: "(...) habrá de afirmarse que el ámbito territorial de la exclusividad dependerá del objeto del contrato y lo mismo puede afirmarse respecto a la referencia a la fabricación y/o distribución, sin que puedan darse criterios orientativos en cuanto al órgano que expide certificados de exclusividad, pues –insistimos- lo decisivo es que, por el conducto que sea adecuada y suficientemente, se justifique la existencia de un solo empresario que pueda realizar el objeto del contrato sin restricción del ámbito territorial de la exclusividad."

-Informe 52/06, de 11 de diciembre de 2006, referido también a la posible utilización de este procedimiento en cuanto a la protección de derechos de exclusiva, pero matizando el concepto de "único empresario": Por lo expuesto (...) procede cuando exista un solo empresario al que pueda encomendarse la ejecución del contrato y no por simples alegaciones indeterminadas de necesidad o conveniencia por razones artísticas, técnicas o por derechos de exclusividad."

-Informe 45/09, de 1 de febrero de 2010, donde la Junta concreta que la adquisición de una obra artística (ya existente), debe considerarse como un contrato de suministro sujeto a la legislación de contratos públicos, si bien por su carácter puede ser objeto de adquisición por procedimiento negociado sin publicidad al amparo de lo dispuesto en el artículo 154.d) antes citado en relación con el 161.1 ambos de la Ley de Contratos del Sector Público (LCAP de 2007).

Fijados los conceptos por la JCCAE para la utilización del procedimiento negociado sin publicidad, el término "exclusividad" o "derechos exclusivos", obra artística

existente o por realizar, apunto dos informes más recientes y que tienen relevancia especial para los gestores y órganos de contratación artística:

-Expediente 36/2018 , en el que concluye que la contratación por las AAPP de actividades que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con el número de referencia del Vocabulario Común de Contratos Públicos (CPV) de 79995000-5 a 79995200-7 y de 92000000-1 a 92700000-8, calificados como contratos privados con arreglo al artículo 25.1.a).1º LCSP, puede efectuarse a través del procedimiento establecido para los contratos menores en el artículo 118 LCSP, siempre y cuando su valor no rebase los umbrales y se cumplan los demás requisitos que el mencionado precepto establece.

Los contratos que tienen por objeto representaciones artísticas y espectáculos tienen la calificación de contratos privados (artículo 26.2 LCSP). Y la Ley dispone expresamente que los contratos privados que realicen las AAPP se rigen por las normas que regulan la preparación y adjudicación de los contratos administrativos. Por tanto, podrán adjudicarse directamente por el procedimiento previsto para los gastos menores, cumpliendo los requisitos del artículo 118 LCSP. Y, en caso de que el valor estimado de la representación artística o cultural supere los 15.000 euros para su contratación podrán recurrir al procedimiento negociado sin publicidad siempre y cuando se justifique que tiene un carácter artístico "único"⁷⁷.

⁷⁷ Informe 41/96, de 22 de julio de 1996, en el que expresamente se le preguntaba por el procedimiento de adjudicación de contratos que tuvieran por objeto «la



-Informe 1/2019, de 25 de Enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura, donde la Directora Gerente de la Fundación Extremeña de la Cultura, plantea varias cuestiones relacionadas con el carácter privado de la contratación en el ámbito artístico, como son la contratación de actuaciones teatrales, musicales y literarias, así como la celebración de exposiciones, incluyendo la contratación de comisariados y la utilización del procedimiento negociado sin publicidad. En la primera cuestión, se considera que la contratación de las actuaciones mencionadas, cuando sean contratados por una fundación pública o consorcio que sean poderes adjudicadores que no tengan la consideración de administración pública, tienen, en todo caso, la consideración de contrato privado, de conformidad con el artículo 26.1 de la LCSP, siempre que el objeto de los contratos coincida con los números de referencia, CPV que expresamente menciona el apartado primero del artículo 25.1 a) de la LCSP, estos son de 79995000-5 a 79995200-7, referentes a la gestión de bibliotecas, archivado y catalogación y, de 92000000-1 a 92700000-8, Servicios artísticos, y otros, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6 (referidos a Servicios de televisión por cable).

En cuanto a la jurisprudencia, mencionar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y La Mancha, de 4 de febrero de 2013, Sala Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, recurso 187/2011, ponente doña María Belén Castelló Checa, donde se considera indiferente que para

contratación de un artista o grupo artístico que aporta su labor creativa al espectáculo (orquestas)», se manifestó conforme con el criterio de que «las razones artísticas son suficientes para considerar que sólo puede encomendarse el objeto del contrato a un único empresario.

poder apreciar la exclusividad que permitiría utilizar el procedimiento negociado sin publicidad, la obra se adquiriera ya realizada o se trate de contratar a un artista determinado para su realización.⁷⁸

Otra sentencia destacable es la plasmada en el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (ATACP) 193/2018, de 27 de junio de 2018, (Recurso especial núm. 195/2018)⁷⁹, referente a contratos de artistas y cumplimiento de prescripciones técnicas, en concreto, la consideración jurídica de los certificados de exclusividad de actuaciones artísticas, donde establece: *“Hay que entender en este tipo de contratos, que dichos certificados son jurídicamente, más que de exclusividad, compromisos de reserva de actuación, y por tanto son admisibles para comprobar el cumplimiento del PPT, aunque varios licitadores hayan presentado dicha “exclusividad” respecto del mismo artista. Un certificado de exclusividad es un documento expedido por persona especialmente habilitada profesionalmente para que el contenido por ella plasmado y suscrito, se convierta en indubitado, por su parte el término exclusividad hace referencia a único. Difícilmente, en este campo, pueden expedirse “certificados de exclusividad” por persona distinta que el propio artista o su representante.*

⁷⁸ *Contratación Administrativa Práctica*, Revista La Ley núm. 127, septiembre-octubre de 2013. En: <http://contratacionadministrativa-laley.es>

⁷⁹ Consulta del texto: <http://www.contratosdelsectorpublico.es/DocumentosWEB/02TribunalesContractuales/TACP%20Madrid/TACP%20Madrid%20193-2018.pdf>



III. EL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN EN EL CONTRATO *ARTÍSTICO*

3.1. TIPOLOGÍA DE CONTRATOS

Después del análisis normativo realizado en torno a los *contratos artísticos* a nivel nacional y europeo, paso a concretar qué tipos de contratos se utilizan por las entidades contratantes.

Tenemos, en primer lugar, los contratos propiamente "*artísticos*"⁸⁰. Son aquellos en los que se contratan elementos materiales y personales que aportan algún aspecto original al conjunto y que, por lo tanto, contribuyen a individualizar la obra o realización frente a las demás.

Puede tratarse de la adquisición o alquiler de elementos únicos y originales de una producción o de la contratación de un artista o grupo artístico que aporta su labor creativa al espectáculo. Es el caso, por ejemplo, de una obra teatral concreta versionada o adaptada por una compañía teatral, o de una orquesta; cada versión de una misma obra o concierto por una compañía u orquesta distinta constituye una obra artística diferente. Otro ejemplo es el alquiler de una escenografía ya construida o de un vestuario ya confeccionado, pues ambos llevan incorporada la idea de su creador y,

⁸⁰ Esta clasificación está basada en la establecida por el Instituto Nacional de Artes Escénicas y de la Música (INAEM), en su "Consulta sobre diversos tipos de contratos" a la JCCA del Estado que dio lugar a la emisión de su Informe 41/96, de 22 de julio de 1996.

normalmente, son únicos pues no se realizan casi nunca más de una vez.⁸¹

Los *contratos de contenido creativo* son los referidos a los que mediante ellos se adquieren derechos de propiedad intelectual. Basta decir que se rigen básicamente, por la legislación de Propiedad Intelectual, aunque como veremos en el apartado sobre preparación del expediente de contratación, en los contratos propiamente *artísticos* descritos en el párrafo anterior, es necesario añadir las cláusulas contractuales que sean necesarias en cada caso concreto.

Por último, los contratos no *artísticos*. Son aquellos en los que se adquieren o alquilan elementos de una producción o se realizan trabajos que no son únicos ni originales, aunque sí lo sea el producto final. Son típicos los de construcción de una escenografía, o confección de un vestuario, que se ejecutan siguiendo las instrucciones dadas por el/la escenógrafo/a o el/la figurinista según su proyecto. Lo más característico es que no aportan elementos significativos que individualicen la realización frente a otras que pudieran hacerse con las mismas instrucciones. Se trata de adquisiciones de elementos o ejecución de trabajos no esencialmente creativos.

Una vez que el/la Director/a Artístico/a ha cerrado los compromisos para la programación de la temporada teatral, que suele hacerse mínimo con un año de

⁸¹ Diferente es la construcción de la escenografía o la confección de vestuario nuevos, a partir de la creación del/la escenógrafo/a o el/la figurinista, que como veremos en el siguiente apartado no tienen la consideración de contratos *artísticos*.



antelación⁸², empieza la gestión de todas las contrataciones necesarias, tanto artísticas, con las personas que formen los equipos artísticos en cada caso, compañías (propias o externas), como las que conllevan derechos de propiedad intelectual, y como las no artísticas (material attrezzo, campañas publicitarias, impresión de programas de mano, construcción de escenografías, confección de vestuario, montajes y desmontajes).

Los equipos artísticos pueden tener diferente ámbito subjetivo para poder contratar bajo el prisma de la LCSP: pueden contratarse personas físicas, que son los que actúan como profesionales; pueden ser personas jurídicas, bajo las formas de Sociedad Limitada, Sociedad Cooperativa, Sociedad Anónima, asociaciones, fundaciones (públicas o privadas) e incluso Sociedades Civiles.⁸³

⁸² Depende del espacio escénico del que trate, de su tamaño y del tipo de funciones que exhiba. Por ejemplo, en el Teatre del Liceu, para preparar una ópera necesitan de mucho más tiempo de antelación para efectuar todas las contrataciones necesarias para su producción y exhibición.

⁸³ Las Sociedades Civiles son personas jurídicas y, según el artículo 66 LCSP, *"sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios"*. El punto de controversia con esta figura es la determinación de su capacidad de contratar. Véase Informe 8/2012, de 7 de marzo, de la JCCA de Aragón (capacidad de las sociedades civiles para contratar con las AAPP).

3.1.1 Contratos artísticos

a) *Contratos de equipos artísticos: personas físicas o personas jurídicas.*

Los equipos artísticos lo conforman el grupo de personas que participan en un mismo espectáculo u obra teatral concreta. Sin ánimo de exhaustividad, el equipo artístico lo pueden formar las siguientes personas:

Adaptador/a	Diseñador/a de audiovisuales	Cantante
Dramaturgo/a	Iluminador/a	Bailarín/a
Traductor/a	Músico	Coreógrafo/a
Actor/actriz	Banda musical	Diseñador/a de movimiento
Director/a de escena	Director/a musical	Asesor/a de movimiento
Escenógrafo/a	Compositor/a musical	Profesor/a de dicción
Figurinista	Repetidor	Caracterizador/a
Diseñador/a de sonido	Adaptador/a musical	Sastre/modista

Cuando un artista actúa en público puede hacerlo bajo diferentes relaciones laborales: relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos; relación laboral común; como autónomo o empresario propio. Las condiciones de trabajo del artista serán diferentes según el tipo de relación laboral aplicable, puesto que la relación laboral de los artistas en espectáculos públicos tiene carácter especial según el artículo 2.1 e) del Estatuto de los Trabajadores.

El artista como trabajador tendrá una relación laboral con un empleador-empresario bajo la figura del organizador de espectáculos públicos. Esta relación



laboral de artistas se encuentra regulada por el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos. Esta norma realiza regulación no exhaustiva del contenido de la relación laboral, entrando sólo en aquellos aspectos del contrato laboral para artistas susceptibles de un tratamiento unitario en todos los sectores artísticos. Están excluidos del régimen especial de artistas todo el personal técnico y auxiliar que colabore en la producción de espectáculos, aunque hay alguna excepción, como el doblaje.

b) *Contratos de compañías: invitadas, coproducciones (internas y externas)*

A demás de los equipos artísticos, se pueden contratar también compañías teatrales. Puede darse el caso que se quiera exhibir un espectáculo producido en su totalidad fuera del teatro. En este caso, el teatro (parte contratante) contrata a una compañía (la denominaremos "invitada", que es la contratista) para que la exhiba en el teatro. Es decir, se trata de "comprar" un espectáculo completo y el teatro es solamente el local de exhibición o difusión de éste.

Otra forma de contratación es mediante la coproducción, que puede proponerse en proyectos artísticos de otros⁸⁴ (externos al teatro) o en proyectos propios (internos del teatro). En coproducciones internas, el propio teatro contrata equipo artístico formando la compañía más adecuada para llevarla a cabo y la produce, pero la obra es cofinanciada en algún aspecto (gira, adaptación,

⁸⁴ Por ejemplo, las coproducciones entre diferentes teatros y el Festival GREC de Barcelona. Los espectáculos se estrenan en el Festival y luego se exhiben en diferentes teatros a cargo de éstos su producción ejecutiva en su teatro.

traducción). En el caso de las coproducciones externas el equipo lo contrata la coproductora y el teatro pone sala de exhibición y la producción ejecutiva. Aún sus diferentes naturalezas jurídicas, suelen constituirse como personas jurídicas y se contratan como empresas utilizando el procedimiento negociado sin publicidad, por motivos artísticos, regulados en el artículo 168.2 LCSP.

Cuando se quiere contratar a una compañía extranjera, hemos de tener en cuenta, para las compañías comunitarias, que podrán acceder a la licitación y presentar su oferta mediante certificado electrónico, puesto que las plataformas de contratación (la del Estado, la catalana, y otras plataformas autonómicas) aceptan los certificados cualificados de cualquier país de la Unión Europea (UE) de acuerdo del artículo 25.3 del Reglamento 910/2014/UE, sobre Identificación Electrónica y Servicios de Confianza⁸⁵.

Por otro lado, la capacidad de obrar de las empresas extranjeras, la LCSP distingue entre las no españolas de Estados miembros de la UE o signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE), que tienen que acreditarla mediante la inscripción en los registros profesionales o mercantiles adecuados de su Estado miembro de establecimiento o la presentación de una

⁸⁵ Este artículo dispone que una firma electrónica cualificada basada en un certificado electrónico emitido por un Estado Miembro será reconocida como firma electrónica cualificada en el resto de los Estados Miembros. En el artículo 22 del Reglamento eIDAS, la Comisión pone a disposición del público, mediante un canal seguro, la información relativa a las listas de confianza de cada Estado Miembro, donde se publican los servicios de certificación cualificados a admitir. Se puede consultar aquí:

https://sede.fomento.gob.es/SEDE_ELECTRONICA/LANG_CA_STELLANO/DOCS_INFO_SEDE/firma_certif_admitidos.htm



declaración jurada o una de las certificaciones que se indican en el anexo XI de la Directiva 2014/24/UE; y las extranjeras de Estados no miembros de la UE ni signatarios del Acuerdo sobre EEE, que se acredita con la aportación de un informe emitido por la misión diplomática permanente o por la oficina consular de España del lugar del domicilio de la empresa, en el cual conste, previa acreditación por la empresa, que figuran inscritas en el registro local profesional, comercial o análogo, o, en su defecto, que actúan habitualmente en el tráfico local dentro del ámbito de las actividades que abasta el objeto del contrato. También han de aportar el informe de reciprocidad establecido en el artículo 68 de la LCSP.

En el pliego administrativo es recomendable incluir una cláusula con la previsión del artículo 23 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), para que las empresas presenten su documentación traducida de forma oficial al español, y recomendable también incluir una cláusula en la Declaración Responsable conforme se someten a los juzgados y tribunales españoles de cualquier orden para todas aquellas incidencias que puedan surgir del contrato, con renuncia expresa de su fuero propio.

3.1.2 Contratos de contenido creativo.

Los contratos de *adquisición* de propiedad intelectual se rigen por la legislación patrimonial del Estado, sin perjuicio de la posible aplicación de la legislación específica de propiedad intelectual.⁸⁶

⁸⁶El Informe 41/96 de 22 de julio de 1996 de la JCCA del Estado lo concluye citando el artículo 9.1 de la LCAP de 1995. Actualmente se recoge en el artículo 9.2 de la LCSP

El artículo 308 de la LCSP establece que salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de este a la Administración contratante. En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público.

En la contratación artística, se ceden los derechos en exclusiva, (con posibilidad o no de cesión a terceros según los casos), de exhibición, de explotación de la producción, concretamente los derechos de fijación, reproducción, de edición, comunicación públicos y distribución, estipulados en la Ley de Propiedad Intelectual vigente, en cualquier soporte y/o formato conocido, por el territorio nacional y extranjero y durante un período de 5 años. Hay que estar a cada tipo de contrato *artístico* para regular los derechos correspondientes.

3.1.3 Contratos no artísticos: La construcción de escenografías, confección de vestuario y similares.

La escenografía es el conjunto de elementos visuales que conforman una escenificación. Es habitual la contratación de las escenografías de las piezas teatrales de cada temporada, incluyendo las construcciones de los decorados. Se ejecutan siguiendo las instrucciones dadas por el/la escenógrafo/a según su proyecto.



La confección del vestuario en una obra teatral forma parte de la escenografía de ésta.

Hay que tener en cuenta que estos trabajos no se puedan definir en su totalidad por los equipos técnicos, y se requiera que sean los propios constructores y talleres de confección los que aporten soluciones técnicas innovadoras que permitan la realización de la escenografía y la adecuación de la confección del vestuario a ésta.

Es por ello que se hace imprescindible que los constructores y los talleres intervengan en el proceso de definición de las escenografías y de la confección, proceso que debe permitir establecer los elementos del contenido definitivos que deberán ser suministrados, tanto en cuanto a los materiales, a las estructuras y a las piezas de vestuario. Esta intervención de los talleres de construcción y de confección (en definitiva, los licitadores) puede suponer un trabajo previo de diseño y adaptación y/o incluir soluciones innovadoras.

No son considerados como contratos artísticos, puesto que se adquieren o alquilan elementos de una producción o se realizan trabajos que no son únicos ni originales, aunque sí lo sea el producto final.

Estas características o peculiaridades de la construcción de las escenografías y la confección de vestuario, las hacen encuadrar en el procedimiento de licitación con negociación, tal y como se establece en el artículo 167 de la LCSP, cuando enumera los supuestos de aplicación de este procedimiento:

“a) Cuando para dar satisfacción a las necesidades del órgano de contratación resulte imprescindible que la prestación, tal y como se encuentra disponible en el

mercado, sea objeto de un trabajo previo de diseño o de adaptación por parte de los licitadores.

b) Cuando la prestación objeto del contrato incluya un proyecto o soluciones innovadoras.

c) Cuando el contrato no pueda adjudicarse sin negociaciones previas debido a circunstancias específicas vinculadas a la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera de la prestación que constituya su objeto, o por los riesgos inherentes a la misma. (...)"

En el Informe 41/1996 de 22 de julio de 1996, de la JCCAE, se concluye que los contratos que tienen por objeto la construcción de una escenografía se califican como contratos de suministro y deben tramitarse mediante procedimiento negociado únicamente si se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 167 LCSP actual.

Se puede dar el caso que estos trabajos, en su conjunto, necesiten ser protegidos como secretos técnicos y comerciales, en el sentido definido en el artículo 2.1 de la Directiva (UE) 2016/943, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas⁸⁷, puesto

⁸⁷ La definición de "secreto comercial" viene regulada en el artículo 2.1, indicando que la información que reúna todos los requisitos será considerada como secreto comercial. Estos requisitos son:

a) ser información secreta en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida por las personas que



que su valor comercial se basa en este carácter secreto que se mantiene hasta el acto público de presentación de la temporada teatral. Es el secreto mejor guardado.

Otros contratos complementarios que giran en torno a la contratación de un espectáculo son los servicios de peluquería, maquillaje, lavandería, arreglos de vestuario, en el caso que el propio teatro no tenga medios personales propios y disponga en plantilla de estos trabajadores. Si se contratan externamente, su tramitación seguirá los procedimientos de contratación pública o de contratación mercantil, dependiendo de la naturaleza jurídica del teatro. En caso de teatros públicos, ya dependientes o adscritos a administraciones estatales, autonómicas o locales, se aplicará la LCSP y, por tanto, se seguirán los procedimientos adecuados que correspondan.

De igual modo, los suministros de materiales de ferretería, o utillaje en general, material de *attrezzo*, campañas publicitarias, impresión de programas de mano, montajes, desmontajes, transportes, etc., se adquirirán bajo estos preceptos de la LCSP, si bien cabe apuntar la posibilidad de utilizar sistemas de racionalización de la contratación, a través de concluir acuerdos marco, articular sistemas dinámicos, o centralizar la contratación de obras, servicios y suministros en servicios especializados, conforme a las normas establecidas en el Capítulo II del Libro II de la LCSP.

pertenecen a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para estas;

b) tener un valor comercial por su carácter secreto;

c) haber sido objeto de medidas razonables, según las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control.

3.2. ADECUACIÓN DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN A LA LCSP

3.2.1 Preparación del expediente

La celebración de contratos por parte del sector público requiere de la tramitación previa de un expediente (artículo 116 y siguientes de la LCSP). Este expediente contendrá:

a) Memoria justificativa e informe justificativo artístico

Solamente se pueden suscribir los contratos que sean necesarios para cumplir y llevar a cabo sus objetivos y fines institucionales. Estas necesidades se tienen que determinar con precisión y se ha de dejar constancia en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento de adjudicación.

En un teatro, se planifica con bastante antelación su programa de temporada. Es en este momento cuando la Dirección Artística toma las decisiones: contratar compañías externas, realizar la coproducción de ciertos espectáculos, la duración, el presupuesto económico, la posibilidad de contratar determinados equipos artísticos, etc. Esto se puede plasmar en otro documento que llamaremos "informe justificativo artístico".

Es importante tener en cuenta que cada memoria justificativa del contrato donde se plasma esta necesidad se ha de publicar en el perfil del contratante (artículo 63.3.a), por ello hay que tener en cuenta también, si no se ha presentado a los medios públicos el contenido de la temporada teatral, que se trata de un secreto comercial, de acuerdo su definición regulada en la



Directiva UE 2016/943, mencionada en el apartado anterior.

b) Elección del procedimiento de licitación

También se ha de justificar la elección del procedimiento de licitación que se utilice. En los contratos *artísticos* esta elección tiene una relevancia especial ya que la tramitación se efectuará, mediante procedimiento negociado sin publicidad, en la mayoría de casos, y además deberá justificarse que concurren los requisitos legales para acudir a este procedimiento excepcional⁸⁸. Por último, y tal como se ha expuesto anteriormente, apuntar la posible utilización de la figura del contrato menor (o adjudicación directa), de acuerdo con los Informes de las Juntas Consultivas autonómicas y del Estado.

c) La decisión de no dividir en lotes el objeto artístico⁸⁹

La norma general de la LCSP establece como regla general la disposición de la realización independiente de

⁸⁸ Artículos 26.32 de la Directiva 2014/24/CE y artículo 168.2 de la LCSP

⁸⁹ Destacar el último pronunciamiento del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (Resolución 181/2018, de 20 de septiembre de 2018) que destaca que la regla general de la lotización de los contratos se extiende también respecto a la configuración de los lotes mismos, "[...] dado que el legislador comunitario no limita la obligación de motivar la no división del contrato por el hecho de que se haya efectuado una determinada lotización. En efecto, el mandato del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE debe interpretarse de una manera funcional, de conformidad con el fin de que las nuevas directivas de cuarta generación pretendan alcanzar: favorecer la máxima concurrencia intensificando la participación de los licitadores y facilitar la participación de las pymes. Por ello, la

cada una de las partes del contrato mediante la división en lotes, y añade, siempre que su naturaleza u objeto lo permitan. La contratación artística es una de estas excepciones por "su naturaleza".

Efectivamente, el artículo 99.3.b LCSP así lo establece. Al tratarse de una representación artística única, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificulta la ejecución correcta desde el punto de vista técnico, porque los elementos materiales y personales aportan originalidad al conjunto y contribuyen a su individualidad, siendo cada versión de una misma obra, una obra artística diferente.

d) El valor estimado del contrato

La LCSP establece que es necesario indicar todos los conceptos que lo integran, incluyendo costes salariales. En los contratos de artistas (actores, figurinistas, directores de escena, escenógrafos...) el precio del contrato es su caché, que será negociado previamente a través de los productores.

En caso de compañías y coproducciones externas, se deben incluir los gastos de realización (escenografía, mobiliario, attrezzo, vestuario, complementos, alquileres, seguros, efectos especiales, transportes, montajes y desmontajes) los gastos de dietas y viajes, desplazamientos, de equipo artístico y de equipo técnico, gastos de publicidad y promoción de la obra o espectáculo, los gastos de reparto, los derechos y comisiones, los gastos de la realización de la gira de la

obligación de motivar la no división del contrato en lotes debe abarcar no sólo el contrato en sí, sino también los propios lotes del contrato".



obra, sin perjuicio de incluir otros que se puedan producir. En las coproducciones internas, es una buena práctica elaborar una memoria de cada espectáculo con detalle de todos los conceptos de gasto, a efectos de transparencia y de control económico y financiero. Siempre irá desglosado en partida independiente el IVA que corresponda, recientemente modificado a finales de 2018⁹⁰.

e) El informe de insuficiencia de medios.

Ya se ha apuntado anteriormente que, dependiendo de los organismos, se puede disponer de compañía teatral propia, o contratar la coproducción poniendo medios materiales, etc. Esto ha de quedar reflejado en la memoria justificativa⁹¹.

*f) Duración de los contratos. Tramitación anticipada.
Prórrogas.*

La duración de los contratos se calcula desde la previsión de fecha del contrato aproximada y que el equipo artístico tenga que entrar en el teatro para comenzar los ensayos, hasta la última representación. Suelen ser contratos de poca duración, en espectáculos pequeños, pero pueden durar más cuando el espectáculo es de gran envergadura (óperas, musicales). El punto controvertido es el de la

⁹⁰ Real Decreto 1512/2018, de 28 de diciembre, BOE del 29/12/2018

⁹¹ En el expediente de los contratos de servicios, se debe incorporar el informe de insuficiencia de medios en que se justifique la carencia de medios personales y/o materiales para el desarrollo del contrato, so pretexto de nulidad del contrato como acredita la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la Sentencia de 3 de noviembre de 2011 (RJ 2012,1853)

tramitación anticipada, ya que se suelen tramitar con mucha antelación, y se convierten en expedientes plurianuales, cosa que ya complica un poco más la gestión económica del contrato⁹².

Normalmente no suele establecerse la posibilidad prórrogas. Aun en el caso que la obra tenga un gran éxito en su exhibición, el teatro, la compañía y el equipo artístico, podrían acordar la representación de un número determinado más de funciones, siempre según las disponibilidades de todas las partes. Podría gestionarse como una prórroga contractual, pero bajo mi punto de vista, creo que es más adecuado tramitar un expediente de modificación contractual, puesto que se encuadra mejor en el supuesto del artículo 205.2. de la LCSP sobre modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas en tanto en cuanto el devenir del espectáculo es incierto y no se puede prever.

g) Admisión de variantes. Modificaciones contractuales.

Igual que las prórrogas, las modificaciones contractuales en el ámbito artístico tampoco son tan habituales ni recurrentes. El caso anterior es un ejemplo en caso de compañía y equipo artístico. Puede darse con más facilidad en los contratos *no artísticos*, como en la construcción de las escenografías o en la confección de vestuario. Cuando se gestionan este tipo de objetos contractuales se puede prever (tanto técnica como económicamente) la posibilidad de modificación y

⁹² Es necesaria la autorización del gasto plurianual aprobado por el órgano de gobierno, la determinación de las anualidades y la inclusión de la cláusula de condición suspensiva de existencia de crédito en los ejercicios presupuestarios siguientes.



se incluye en el redactado del pliego de cláusulas administrativas, con las limitaciones que se establecen en la LCSP. Ahora bien, las necesidades artísticas de la puesta en escena pueden comportar alguna variación (en los materiales, en el vestuario, en la realización de la dirección de escena, etc.) que no impliquen modificar el precio de adjudicación.

h) Solvencia de los licitadores (artistas y compañías).

La LCSP obliga a justificar la solvencia económica y financiera y la técnica o profesional que se exige a los licitadores en aquella contratación (artículo 74).

El órgano de contratación ha de ser cuidadoso con su exigencia, necesaria y suficiente, para garantizar una correcta ejecución del contrato. Tanto los requisitos como su acreditación han de estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales.⁹³

Ahora bien, en el artículo 11.5 del RGLCAP, aún vigente, establece que: "(...) *los licitadores o candidatos estarán exentos de los requisitos de acreditación de la solvencia económica y financiera y de acreditación de la solvencia*

⁹³ A tal efecto, cabe destacar, entre otras muchas, la Sentencia de 26 de marzo de 2018 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que estima el recurso interpuesto ya que considera que "[...] los niveles mínimos de solvencia que pueden ser establecidos por el órgano de contratación, deben tener un respeto absoluto por el principio de proporcionalidad, por lo que no se exigirán niveles mínimos de solvencia que no observen la adecuada proporción con la complejidad técnica del contrato y con su dimensión económica, sin olvidar que estos deben estar vinculados al objeto del contrato, (...). De esta manera se vulneran los principios de libre concurrencia e igualdad, esenciales en toda contratación administrativa [...]"

técnica y profesional para los contratos de obras cuyo valor estimado no exceda de 80.000 euros y para los contratos de los demás tipos cuyo valor estimado no exceda de 35.000 euros."

El órgano de contratación puede optar por dar prioridad al criterio artístico de exclusividad, de representación o espectáculo único, y en los casos de contrataciones artísticas a miembros o profesionales de equipos artísticos, artistas y/o profesionales autónomos, empresas (invitadas o coproductoras) personas físicas, exigirles acreditación de solvencia económica mediante certificado bancario y exigirles la solvencia técnica o profesional para acreditar fehacientemente su exclusividad artística que se justifica en el informe artístico previo de la Dirección Artística del teatro. En los casos de contrataciones artísticas a empresas (personas jurídicas), invitadas o coproductoras, se les exigirá la solvencia económica y financiera y la técnica y profesional, aunque el valor estimado de la contratación no supere el umbral establecido en el RGLCAP.

Una segunda opción sería seguir el criterio económico que establece la legislación de contratos en tramitar los tipos de procedimiento en base al importe de la licitación y/o valor estimado del contrato, pues frecuentemente se podría recurrir a la contratación menor de las compañías o de los profesionales, posibilidad que admite la JCCA en su Dictamen 7/2018, de 9 de julio.

Por otro lado, la acreditación del caché de los artistas que son propuestos en la oferta económica, no se considera un criterio de adjudicación, sino como un requisito de obligado cumplimiento establecido en estos



Pliegos. Requisito que además es fácilmente comprobable por cualquier gestor cultural.⁹⁴

i) El Pliego de Prescripciones Técnicas.

Como tal, este documento en los contratos *artísticos* es de difícil elaboración y/o aportación, sobre todo en los equipos artísticos, y en concreto en la contratación de actores, actrices, músicos o un director de escena, es decir, en artistas personas físicas, donde es un tanto complicado poner en un documento la descripción de su talento personal o la técnica con la que debería desarrollar su actuación artística. Se trata de cualidades personalísimas.

Igualmente pasa con los otros miembros del equipo artístico, por ejemplo, se les puede exigir (y se les exige) la presentación de otros documentos, condicionando su entrega a la facturación. Tal podría ser el caso del/la escenógrafo/a cuando se le exige un proyecto o una maqueta de la escenografía, o la presentación de un diseño de figurines, en el caso del/la figurinista. Estos documentos son el resultado de su creación y posteriores, por tanto, a su propia contratación. Diferente es el caso de la contratación de las compañías, en la que hace las veces de pliego técnico, la ficha técnica o el dossier del espectáculo que se contrata.

⁹⁴ Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (ATACP) 193/2018, de 27 de junio de 2018, (Recurso especial núm. 195/2018)

3.2.2 *Tramitación electrónica del expediente*

Tanto la Directiva 2014/24/UE como la LCSP establecen la obligatoriedad de la contratación pública electrónica⁹⁵.

Las AAPP han modificado sus normativas nacionales para adaptarse a esta nueva realidad, con abundante legislación, con nuevas formas de relación entre AAPP (interoperabilidad, tanto técnica como organizativa), a través de nuevos instrumentos (certificados digitales, acceso páginas web oficiales, tramitación electrónica administrativa, etc.), provocando procesos de implantación para la simplificación y automatización de los procesos administrativos que favorecen la reducción de costes y, por tanto, convierte a las empresas en más competitivas.

Se refuerza el papel del perfil del contratante como garante del principio de transparencia y de acceso público a la información y documentación contractual de todos los órganos de contratación.

También establece el uso de medios de comunicación electrónica, especialmente las notificaciones electrónicas y dejando de lado el correo electrónico, el de los certificados digitales (identificación y firma electrónicas), la presentación telemática de ofertas, la formalización electrónica de los contratos y la remisión de toda la actividad contractual al Registro Público de Contratos.

⁹⁵ MORENO MOLINA, JA y otros: "Informe Jurídico sobre el uso obligatorio de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la LCSP", disponible en <http://informelcsp.es> (fecha consulta 29/2/2019)



3.2.3 *Licitación, adjudicación y formalización del contrato artístico.*

a) Mesa de Contratación

Según el tipo de procedimiento utilizado, en el contrato menor no opera esta figura, y en el procedimiento negociado sin publicidad, de acuerdo con el artículo 326.1 LCSP, la designación de la Mesa de contratación es potestativa.

b) Elementos para la negociación

Ya utilizemos el procedimiento negociado sin publicidad o el contrato menor, en los contratos *artísticos* es muy importante la negociación de los términos del contrato.

En el contrato se pueden reflejar los siguientes pactos:

1. El objeto del contrato
2. El presupuesto de la contratación
3. La vigencia o duración del contrato, pudiendo establecerse el compromiso de hacer gira de la obra.
4. Particularidades de la ejecución de los servicios profesionales contratados como puede ser un pacto de plena dedicación para el artista. A cambio del acuerdo de plena dedicación, el artista normalmente percibe una compensación económica, que puede ser una cantidad adicional a su caché o bien estar incluida en la retribución a percibir por el artista. Este pacto no puede ser rescindido unilateralmente por el artista durante su vigencia. Si el artista lo rompe, el empresario, el teatro, tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios, cuya cuantía es recomendable que esté fijada claramente en el contrato.

5. Los honorarios (según caché de los profesionales, por función efectivamente realizada en las compañías, y negociación como hemos visto anteriormente).

6. Facturación y pago. El artista (contratista) tiene derecho al abono del precio (o caché) acordado en el proceso de negociación. A diferencia de la contratación pública en otros sectores, en el sector artístico es normal pactar los pagos en plazos, distribuyéndose en un porcentaje (%) a abonar a la firma del contrato, un % a la finalización de los ensayos, un % para la fecha del estreno de la obra, un % al final de las representaciones, e incluso % para las representaciones en gira. Se plasma en el contrato, ya que en el pliego administrativo no cabe su concreción al ser un elemento de negociación.

Si el artista se ha contratado laboralmente, no debe emitir ninguna factura al promotor ni aplicar IVA. Cuando el artista cumple con las condiciones para actuar en espectáculos públicos como autónomo la factura de ese artista consignará una retención a cuenta del IRPF del 15% en 2019, ya que estaríamos ante un rendimiento de actividades económicas y no del trabajo. El tratamiento fiscal sería diferente si el artista actúa como empresario o la relación consiste en cesión de derechos de autor o derechos de imagen. Es importante destacar que la facturación por parte del artista o las compañías ha de realizarse electrónicamente.⁹⁶

⁹⁶ Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público. Desde el 15-1-15 todas las facturas remitidas a las administraciones públicas tendrán que ser electrónicas. Estas facturas electrónicas se enviarán a través de los puntos generales de entrada de facturas electrónicas de la administración correspondiente. El de la Administración



Es habitual en los contratos de los artistas que se pacte o negocie un precio alzado y cerrado en base a su caché, por ello no se prevé la revisión del precio contractual separadamente. En cuanto a las compañías, es normal que se produzca algún desajuste a la hora de liquidación del contrato⁹⁷, pero en general, no se dan los supuestos requeridos en el artículo 103 de la LCSP para la revisión de precios.

7. Información al contratista de que el órgano de contratación podrá comprobar el estado de las obligaciones tributarias del contratista, de acuerdo con los artículos 71.1.d) de la LCSP y 13 y siguientes de su RGLCAP, y en relación con el cumplimiento de la obligación de no pedir los documentos a los interesados del artículo 28.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común, deberá recabar los documentos o certificados electrónicamente a través de las redes corporativas y plataformas de intermediación de datos⁹⁸.

8. Derechos de propiedad intelectual. La legislación nacional de varios países concede determinados derechos a los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales, incluido el derecho a recibir una remuneración por la reproducción, distribución o

General del Estado se denomina FACe, y el de la CCAA Catalunya es la plataforma e.FACT

⁹⁷ Artículo 205 permite una alteración de la cuantía de los contratos de hasta un 10 %, para no ser necesario realizar un expediente de modificación contractual.

⁹⁸ Nueva redacción del artículo 28.2 y 3 de la Ley 39/2015, dado por la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (BOE núm. 294, de 6.12.2018)

radiodifusión de sus obras, pero no se dispone de ningún tratado internacional que otorgue a los artistas intérpretes o ejecutantes el control sobre la manera y el momento en que su obra se utiliza en el extranjero, y en ninguna ley se contempla su derecho a recibir una retribución. Si bien no se cuestiona la necesidad de la cesión de los derechos, cada país tiene su propio sistema.

En los Estados Unidos, los artistas intérpretes y ejecutantes ceden sus derechos automáticamente a los productores, y la remuneración de los actores es negociada por el poderoso sindicato, *Screen Actors Guild*, que es la asociación de actores cinematográficos de los Estados Unidos de América.

En Europa, existen diferentes prácticas. En algunos países europeos, la cesión de los derechos es automática mientras que en otros existe una presunción jurídica de cesión, pero es posible un acuerdo en contrario.

Otros países, Reino Unido, por ejemplo, no tienen una normativa al respecto, y los acuerdos de cesión son objeto de un contrato entre el artista intérprete o ejecutante, y el productor. Además, en algunos países, aun después de haber cedido sus derechos de autorización, los artistas intérpretes o ejecutantes conservan derechos morales para reivindicar la paternidad de su obra y oponerse a cualquier deformación o cualquier atentado que cause perjuicio a su obra⁹⁹.

⁹⁹ <https://www.wipo.int/pressroom/es/briefs/performers.html>
OMPI, Organización Mundial de la PI, consulta 15/05/2019



En España acaba de aprobarse la nueva Ley de propiedad Intelectual (Ley 2/2019, de 1 de marzo, BOE núm. 53, de 2 de marzo de 2019) por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017.

9. Promoción y difusión de la obra, con contenidos de las campañas de publicidad, reportajes fotográficos, audiovisuales, etc., que el artista o las compañías han de prestarse a realizar.

10. Las causas de resolución específicas de cada perfil artístico.

11. La información sobre la legislación aplicable y jurisdicción, en cada caso.

c) Informe de conformidad y propuesta de adjudicación

La valoración e idoneidad del artista que se contrata se realiza con anterioridad y de acuerdo con criterios estrictamente artísticos y debería quedar plasmada en un informe emitido por la Dirección Artística, que hemos nombrado anteriormente como informe justificativo artístico. En esta fase, en la adjudicación, la unidad promotora del contrato emitirá un informe de conformidad de toda la documentación aportada y donde proponga su adjudicación al órgano de contratación.

d) Garantía definitiva. Plazo de garantía del contrato.

La garantía definitiva no es exigible en este tipo de contratos, los *artísticos*, recogidos en el artículo 25.1.a.1º, puesto que quedan excluidos a tenor del artículo 107 LCSP.

Tampoco cabe establecer un plazo de garantía, ya que es una prestación que se agota en cuanto se han representado cada una de las funciones.

e) Formalización y perfección del contrato. Ejecución del contrato.

El contrato se formalizará electrónicamente, en documento administrativo o privado, mediante firma electrónica avanzada basada en un certificado cualificado o reconocido de firma electrónica. Este contrato contendrá todos los términos descritos en el apartado 2.3.2. El punto controvertido en este documento es qué fecha es la que se considera adecuada para el inicio de la ejecución del contrato.

Por último, en cuanto a la ejecución del contrato *artístico*, tendremos en cuenta que es obligatorio establecer en los pliegos administrativos, como mínimo, una condición de ejecución de las enumeradas en el artículo 202.2, en los contratos *artísticos* se pueden proponer cláusulas de tipos social.

También es obligatoria la designación del responsable del contrato, y lo adecuado sería que adquiriera tal responsabilidad el productor encargado de aquel espectáculo o función que ha llevado las negociaciones con el artista o con la compañía.



Algunas situaciones como la subrogación del contratista, no es posible que se produzca, por la propia naturaleza artística del objeto del contrato, de tal manera que el contrato se tendrá que resolver.

En cuanto a la cesión, los derechos y obligaciones que dimanen de los contratos *artísticos* no se pueden ceder por parte del contratista a una tercera persona, ya que las cualidades técnicas o personales del primero han sido la razón determinante de la adjudicación del contrato. Asimismo, el órgano de contratación no podrá autorizar la cesión a una tercera persona porque supondría una alteración sustancial de las características del contratista que constituyen un elemento esencial del contrato. En los artistas, en los equipos artísticos, obviamente no es posible la subcontratación. En el caso de las compañías, puede darse pues la parte más material, administrativa se suele subcontratar a otras empresas especializadas.

Se pueden añadir en los pliegos administrativos cláusulas sobre las obligaciones que deban asumir los licitadores y los contratistas en materia de transparencia, sin perjuicio de las que les apliquen directamente por previsión legal. Asimismo, se recomienda la inclusión de cláusulas de arbitraje, siempre que se trate de materias de libre disposición conforme a derecho, y específicamente, sobre los efectos, el cumplimiento y la extinción del contrato, conforme a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, y cláusulas de confidencialidad y de protección de datos personales con las previsiones actualizadas según la nueva legislación europea y española.

IV. CONCLUSIONES

Siempre los cambios legislativos provocan alteraciones y adaptaciones que hacen que la gestión diaria sea un tanto dificultosa. La nueva LCSP ha irrumpido en el sector artístico y no ha sido pacífica: ha puesto a todos los órganos de contratación ante la encrucijada de licitar y, además, en electrónico, en un plazo muy breve, pasando de lo potestativo a lo obligatorio en su regulación. El cambio de paradigma hace mella en instituciones de este sector que con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley recurrían sistemáticamente a los contratos menores o adjudicaciones directas, sin necesidad de gestionar ningún otro tipo contractual ni siquiera gestionar expedientes administrativos contractuales, ya que las restricciones económicas y la poca inversión en cultura, tampoco conllevaban sobrepasar los umbrales cuantitativos determinados en la Ley.

Estas instituciones son entes creados por las AAPP (a veces más de una) para servir al interés general, consolidar la actividad cultural y distribuirla homogéneamente, a fin de garantizar el derecho de la ciudadanía a acceder en condiciones de igualdad a la cultura. En particular, la gestión contractual de los teatros se ve muy afectada puesto que la naturaleza jurídica de los espacios escénicos es muy diversa, ya sean privados, ya sean públicos, adscritos o dependientes de cualquiera de los niveles de AAPP (estatal, autonómica o local); además de la diversidad subjetiva de los artistas-contratistas (personas físicas, sociedades civiles, personas jurídicas). Hay que conducir esta contratación a su gestión y tramitación a través de los diferentes procedimientos que ofrece la nueva LCSP. Entiendo que todo lo artístico es único y que la originalidad e individualidad van intrínsecas, y creo que



así lo ha entendido la Ley. La contratación no se debe basar únicamente en la economía o criterios económicos, debe también basarse en la funcionalidad, en los contratos artísticos pesan más los criterios artísticos, el talento, la especialización en su arte.

Existe una gran dispersión de criterio de las AAPP y una falta de interpretación unívoca del texto legal: falta de criterio unificado en la formulación de pliegos, en la demanda de solvencia económica, técnica, profesional, y esto influye directamente en la actividad de los programadores y productores. Se necesita una aplicación razonable y acomodada a las necesidades y características del sector.

Hay que hacer una gran labor de formación en contratación pública en estos entes desde sus AAPP de adscripción. También han de facilitarles las herramientas para realizar o gestionar la contratación electrónica. No es un sector especialmente burocrático ni lo forman grandes empresas con muchos recursos ni humanos ni materiales.

Aún todos los problemas de implantación y cumplimiento de la LCSP en el sector artístico, apunto como nota positiva que estamos en un momento de adaptación tecnológica muy importante y las AAPP ponen a disposición del sector estas herramientas para poder aplicar los nuevos retos de la LCSP (publicidad, transparencia, integridad, etc.) como son las plataformas de servicios de contratación y los perfiles de contratante. Las notificaciones y comunicaciones electrónicas ya son habituales, pensemos en el ámbito tributario, por ejemplo. Los artistas y las compañías pagan sus impuestos y los liquidan electrónicamente, con utilización de certificado electrónico, propiamente o en su nombre a través de representantes (gestorías).

Aprovechemos estas gestorías para que les ayuden a tramitar sus contratos con las AAPP y sus respectivos sectores públicos y podamos cumplir todos con los principios generales de la contratación, y en definitiva con la LCSP.

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**SECCIÓN INTERNACIONAL
COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

ARTÍCULOS DOCTRINALES

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA E INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA Y URUGUAYA

Dra. Sonia Sena Prieto

República Oriental del Uruguay

Resumen: El presente artículo tiene por objeto analizar, comparar y determinar la existencia de diferencias o similitudes en la consagración de los principios de transparencia e integridad en la contratación pública, tanto en el ordenamiento español como en el uruguayo, teniendo en cuenta las realidades diferentes que presenta cada uno.

Se analizará en primer término los principios generales de derecho y su importancia en la contratación pública, para luego abordar los principios de transparencia e integridad, examinando la consagración de éstos tanto en las Directivas Europeas como en el Derecho español.

Continuando con el análisis de los mencionados principios en el Derecho uruguayo, el cual no cuenta con Directivas similares a las europeas, pero a pesar de ello los principios de transparencia e integridad -éste último no a texto expreso- resultan recogidos en la normativa nacional en lo que refiere a la contratación pública.



Palabras clave: Principios Generales de Derecho/ Transparencia/ Integridad/ Contratación Pública/ Directivas Europeas/ Derecho Español/ Derecho Uruguayo.

Summary: The purpose of this article is to analyze, compare and determine the existence of differences or similarities in the establishment of the principles of transparency and integrity in public procurement, both in the Spanish and Uruguayan legal systems, considering the different realities each one presents.

The general principles of law and their importance in public procurement will be analyzed in first place, to later address the principles of transparency and integrity, examining their establishment both in the European Directives as well as in Spanish Law.

Continuing with the analysis of the mentioned principles in Uruguayan Law, which does not have similar Directives as the European ones, but nevertheless, the principles of transparency and integrity are included in the national regulations in what refers to public procurement, even if the latter is not specifically expressed in text.

Keywords: General Principles of Law / Transparency / Integrity / Public Procurement / European Directives / Spanish Law / Uruguayan Law.

SUMARIO: 1.- Introducción.- 2.- Principios Generales de Derecho 2.1.- Transparencia.- 2.2.- Transparencia en el Derecho español.- 2.3.- Integridad en el Derecho español.- 3.1.- Transparencia en el Derecho uruguayo.- 4.- Conclusión.

1.- INTRODUCCIÓN

El propósito del presente trabajo es examinar la normativa española y la normativa uruguaya, analizando en ambas la forma en que se contemplan los principios generales de derecho, haciendo especial hincapié en el principio de transparencia y el de integridad.

La elección del tema se debe fundamentalmente a que la transparencia en la contratación pública se presenta como de total actualidad, además de ser uno de los principios que ha tenido mayor evolución a nivel legislativo.

La transparencia tiene y ha tenido repercusiones en diferentes ámbitos, así como su directa vinculación con la corrupción, la que sacude día a día todos los gobiernos de todos los países, pertenezcan éstos al continente europeo como al americano.

Por su parte el principio de integridad también presenta interés por configurarse como un principio “novedoso” de reciente incorporación, tanto en las Directivas Europeas como en la Ley española.

En el trabajo se pretende determinar si existen y cuáles son las diferencias o similitudes -si es que las hay- en la consagración de los principios de transparencia e integridad en la contratación pública tanto en el ordenamiento español como en el uruguayo.

Con el objetivo de dotar al trabajo de la mayor claridad y coherencia posible, se trata de precisar para comenzar el concepto de principios generales de derecho, así como su importancia en la contratación pública, para luego precisar el concepto de transparencia e integridad y la



consagración de los mismos en las Directivas Europeas y en el Derecho español.

Continuando luego con el mismo análisis en el derecho uruguayo.

“La transparencia constituye una consecuencia de la muy elemental presunción de que el gobierno pertenece al pueblo, quien tiene derecho a saber qué hacen los servidores públicos, por qué y cómo lo hacen”// Richard Werksman y Carlos Mamfroni.

2.- PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO

La contratación pública representa una parte muy importante en la actividad administrativa, ya que tiene un gran significado económico, ocupando porcentajes elocuentes en el PIB de los diferentes países.

Y al ser la contratación una parte de la actividad administrativa, ésta se va a regir por los principios que informan a la misma.

Pero a su vez, como la contratación administrativa es una actividad jurídica, le serán aplicables los Principios Generales de Derecho.¹⁰⁰

¹⁰⁰ DURÁN MARTÍNEZ, A., *“Principios de la Contratación Administrativa”*, en AAVV, Estudios de Derecho Administrativo, (coord. SCHIAVI, P., BERCHESE, B), La Ley (Montevideo), 2018, págs. 49 a 81.

Ahora bien, aunque sea brevemente merece la pena realizar una somera referencia a los Principios Generales de Derecho: son principios, porque son lo primero.¹⁰¹

Principio hace referencia a inicio, a comienzo, como sostiene el Dr. Carlos Delpiazzo los principios “constituyen los soportes primarios estructurales del sistema jurídico todo, al que prestan su contenido.

Y estos principios son generales y son de Derecho, porque pertenecen al mundo jurídico, es decir no son criterios morales, ni regidos por “buenas intenciones”, ni vagas directivas.¹⁰²

Los principios generales del derecho constituyen la causa y la base del ordenamiento, porque son los soportes centrales de todo el sistema al cual prestan su sentido. Por ese motivo no puede concebirse que una norma legal los contravenga existiendo con independencia de su reconocimiento legal o jurisprudencial. A su vez, funcionan como orientadores e informadores del ordenamiento permitiendo, a través de su interpretación, realizar una labor correctiva o extensiva de las normas.¹⁰³

¹⁰¹ CAGNONI, J.A, “La primacía de la persona: el principio personalista”, Revista de Derecho Público, 24 (2003), pág. 135.

¹⁰² DELPIAZZO, C., “Recepción de los Principios Generales de Derecho en el Derecho Positivo Uruguayo,” en AAVV, Los principios en el Derecho Administrativo Uruguayo, AMF (Montevideo), 2009, págs. 31 a 33.

¹⁰³ CASAGNE, J.C, El derecho administrativo hoy, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires (Argentina), 1996, p. 24



Son soportes primarios estructurales del sistema entero del ordenamiento, son generales porque trascienden de un precepto concreto y de Derecho porque son fórmulas técnicas del mundo jurídico y no simples criterios morales o imprecisas directivas.¹⁰⁴

En un pronunciamiento relativamente reciente, en la Sentencia N^a 84/2015, de 30 de abril de 2015, el Tribunal Constitucional español ha reconocido la importancia de los principios generales de la contratación pública, ya que consideró de aplicación los principios a un contrato de gestión de servicios públicos que no estaba sujeto a las directivas.

En la actualidad –no siempre fue así– los principios generales de Derecho han adquirido gran relevancia, al punto que se aplican a todo el derecho administrativo y, por supuesto también en la contratación pública, siendo los principios de igualdad, transparencia, publicidad, concurrencia, no discriminación los más característicos. Debiendo señalarse que estos principios generales de derecho atraviesan todas las fases de los contratos, es decir desde la etapa preparatoria hasta la etapa de ejecución.

La contratación pública atraviesa un momento de grandes transformaciones, por lo que resulta necesario revalorizar los principios generales de derecho como cimientos del ordenamiento jurídico y como herramientas interpretativas e integradoras frente a la

¹⁰⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, 4^a ed. Madrid (España) 1983. p. 74.

“insuficiencia de soluciones positivas ante un mundo diferente”.¹⁰⁵

2.- PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA E INTEGRIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL.

2.1 Transparencia

Si nos atenemos al sentido natural y obvio de las palabras podemos entender por transparencia o transparente todo aquello que es evidente, claro, traslúcido, es decir que nos permite ver a través de él. El término transparencia es utilizado generalmente para denominar lo opuesto a corrupción, se la considera como arma eficaz no solo en la lucha contra la corrupción, sino también como forma de evitar todo tipo de fraudes, especialmente respecto a los fondos públicos.

La contratación pública deviene importante tanto desde el punto de vista económico como político, dado que encontramos en ella –contratación- múltiples intereses en juego. Es por ello, que se presenta como un ámbito especialmente propicio y expuesto a prácticas deshonestas, o corruptas.

En el apartado 27 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de mayo de 2010, se señala que “el sector

¹⁰⁵ DELPIAZZO, C., “Triple dimensión del principio de transparencia en la contratación administrativa”, consultado en <https://www.google.com/url? -dimensi%25C3%25B3n-del-principio-de-transparencia-en-la-con...&usq=AOvVaw2cY5q29fK5Q9xWQF3Ajlr1> [3 junio 2018].



de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de la gestión irregular, fraude y corrupción”.

En esta línea se expresa también por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)¹⁰⁶, que la corrupción es un fenómeno de consecuencias altamente negativas en casi todas las esferas del quehacer humano. Ya que ésta erosiona la confianza de las personas en los actores políticos y en las instituciones, generando descrédito y apatía, en el terreno político debilita la base de los sistemas democráticos.

La contratación pública se presenta entonces como un terreno especialmente fértil para el desarrollo de la corrupción principalmente por el volumen de recursos que se manejan.

Como puede apreciarse parece imposible hablar de transparencia sin hacer mención a corrupción, ya que a priori resultan términos inescindibles.

Hay autores que sostienen que la corrupción es tan antigua como la existencia de los gobiernos, inclusive hay autores que señalan que en un texto indio escrito hace más de 2.300 años se hacía referencia a por lo menos cuarenta maneras diversas de malversar los fondos de gobierno¹⁰⁷.

¹⁰⁶ UNODC, “Transparencia, Objetividad y Competencia en las Contrataciones Públicas”: Evaluación legal en el Gobierno Federal, en el Distrito Federal y en el Estado de Puebla sobre cumplimiento del art. 9ª de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

¹⁰⁷ CAIROLI, M., “La corrupción como mal social, su avance en las empresas”, La corrupción y la empresa, AAVV, Fundación Konrad Adenauer (Montevideo) 1999.

Por lo dicho parece lógico concluir que la corrupción no es un triste privilegio de nuestro tiempo, sino que evidentemente obedece a una característica de los hombres, y se encuentra latente siempre que se manejen dineros públicos.

No podemos soslayar el papel que el factor cultural tiene respecto a la corrupción, en algunas culturas es habitual que se acepten actos de corrupción. En algunos países las relaciones personales tienen suma importancia al punto de que funcionarios públicos vulneran determinadas reglas para dar cumplimiento a una solicitud de un familiar o de un amigo, es decir presentan más lealtad a la familia o a los amigos, que con el gobierno o con la entidad administrativa al cual pertenece el servidor público.¹⁰⁸

Por ello la transparencia constituye un elemento preventivo de la corrupción, además de permitir que las personas ejerzan un control democrático de las gestiones estatales, en el sentido que puedan indagar, evaluar cómo se adjudican y ejecutan los contratos públicos.¹⁰⁹

La normativa relativa a contratación pública contiene disposiciones referidas a transparencia y a publicidad, y

¹⁰⁸ GREENBERG, M.H.y, BUREAUCRAC y and DEVELOPMENT, H.L., 1970, citado por Tordarello, Guillermo, en *Corrupción Administrativa y Enriquecimiento*. Ed. Editores Argentinos, (Bs. As) 2008

¹⁰⁹ DICKSON, R., "La Transparencia en la Contratación Pública", en *AAVV Contrataciones Públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales* (cord. Morandini, F., Fernández, A.) INAP, (Madrid) 2017.



esto es así ya que en el ámbito de la contratación pública no puede concebirse transparencia sin publicidad.

Publicidad y transparencia son conceptos que están íntimamente ligados, tan es así que hay autores que sostienen que el principio de transparencia es una extensión del principio de publicidad.

Pero en puridad podemos delimitarlos, ya que la publicidad requiere de la Administración una posición activa, es decir requiere un hacer de ésta, en cambio la transparencia, significa que la Administración debe dejar ver su accionar al poder público.¹¹⁰

La publicidad y la transparencia en la contratación pública si bien están íntimamente relacionadas y comparten finalidades, poseen objetivos distintos.

La publicidad persigue dar a conocer la actividad que lleva a cabo la Administración pública en un determinado procedimiento de contratación, mientras que la transparencia busca permitir a los ciudadanos conocer qué sucede en el seno de las Administraciones públicas en relación con la contratación pública.¹¹¹ La transparencia debe estar contenida en todo el actuar de la administración y por supuesto que debe guiar el accionar de ésta también en todo el procedimiento de contratación, los ciudadanos deben poder conocer por

¹¹⁰ MATA, C., "Presentación de las modificaciones de la Ley N°18.834, en AAVV, Renovación de la Contratación Pública (coord. DELPIAZZO, C.), FCU (Montevideo), 2013, págs. 379 a 384.

¹¹¹ CERRILLO MARTÍNEZ, A., El principio de integridad en la contratación pública. Thomson-Reuters- Aranzadi, (Navarra) 2014 (Cap.3).

ejemplo a quién o quiénes se adjudican los contratos, los métodos por los cuales se evaluaron las ofertas, cómo se ponderaron las mismas, etc.

La transparencia es un principio muy importante de la contratación pública, y su importancia se desprende ya desde el preámbulo de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

En la Sentencia del Tribunal de Justicia Unión Europea (en adelante TJUE), asunto C-410/04, apartado 21, se sostiene que “La transparencia como principio de la contratación pública persigue garantizar a cualquier licitador información adecuada para poder participar en un procedimiento de contratación y, en su caso, conocer al adjudicatario y poder controlar la imparcialidad de las adjudicaciones” ¹¹².

Por otro lado también debe señalarse que la transparencia necesariamente debe estar complementada con el acceso a la información de los ciudadanos, ya que no basta con que se pueda ver como a través de un cristal de forma diáfana el actuar de la administración, sino que resulta imprescindible que las administraciones respondan a los requerimientos de información que puedan ser objeto por parte de los ciudadanos.

2.2.- Transparencia en el Derecho español

El principio de transparencia está reconocido como uno de los principios generales de actuación de las

¹¹² Sentencia de 6 de abril de 2006, ANAV, C-410/04, Rec. p. I-3303, apartado 21.



Administraciones públicas en el artículo 103 de la Constitución.

En relación a la transparencia en la contratación pública se hizo mención a este principio por primera vez en la Ley 13/1995, de mayo de 1995- Ley de Contratos de las Administraciones Públicas- y fue justamente en la exposición de motivos de dicha norma que se expresara: "Una de las más importantes enseñanzas de esa experiencia es la de la necesidad de garantizar plenamente la *transparencia* de la contratación administrativa..."

Posteriormente en la ley 30/2007, de 30 de octubre de 2007, -Ley de Contratos del Sector Público (LCSP)-, se le otorga por vez primera importancia a la transparencia como un principio independiente, igualándolo al resto de los principios que deben regir la contratación pública y la actuación de la administración.

En el artículo primero de la citada ley se expresaba: "La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y *transparencia* de los procedimientos..."

El artículo 123 disponía: "Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al *principio de transparencia*".

Vinculada a la transparencia también se otorgó en la ley relevancia a la publicidad realizada por internet, referente a la publicación de pliegos, el régimen de adjudicación de los contratos, además de aparecer el perfil del contratante, donde se les otorgaba relevancia

a las tecnologías de la información con relación a la contratación pública.

Evidentemente tanto lo relativo a la publicidad como a las tecnologías de la información dicen relación directa con la transparencia en la contratación.

Por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre de 2011, se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

En esta norma se trata de recoger e incorporar las numerosas modificaciones que se le habían introducido a la Ley 30/2007, así como recoger la normativa comunitaria en materia de contratación, ya que ésta pretendía brindar unidad a la contratación pública de los diferentes Estados de la Comunidad.

En su artículo primero se disponía: “La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y *transparencia* de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos...” También el artículo 139 se disponía:

“Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de *transparencia*”.

Se hace mención al principio de transparencia además de en los artículos citados en el artículo 4, literal r (contratos excluidos); 53 (perfil del contratante); 191 (adjudicación de los contratos no armonizados); 192 (adjudicación de contratos armonizados); 333 (registro



de contratos); Disposición Adicional décimo sexta (empleo de medios electrónicos informáticos).

La aprobación de la Ley 19/ 2013, de 9 de diciembre de 2013 -Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno- también tuvo trascendencia ya que en la misma se regula la transparencia de manera concreta, así como también el acceso a la información pública, y las obligaciones de buen gobierno de los trabajadores de las Administración Pública.

En esta ley se hizo hincapié en la transparencia en la contratación pública. Pudiéndose destacar que en la exposición de motivos II se señala que:

“En el ordenamiento jurídico español ya existen normas sectoriales que contienen obligaciones concretas de publicidad activa para determinados sujetos. Así, por ejemplo, en materia de contratos, subvenciones, prepuestos o actividades de altos cargos nuestro país cuenta con un destacado nivel de *transparencia*. Y en la Exposición de motivos III se establece: “...las personas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas también están obligadas a suministrar a la Administración a la que se encuentren vinculadas, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquélla de las obligaciones de esta Ley. Esta obligación es igualmente aplicable a los adjudicatarios de contratos del sector público”.

La nueva LCSP recoge lo previsto en las Directivas Europeas e incluye al principio de transparencia como uno de los principios “vertebradores” de la misma.

Por ello amerita antes de ingresar en la nueva LCSP hacer mención a las Directivas europeas referidas a la contratación pública, siendo éstas la Directiva 2014/23

UE, del 26 de febrero de 2014 –adjudicación de contratos de concesión-; 2014/24 UE, del 26 de febrero de 2014, -contratación pública-; y la Directiva 2014/25 UE, de 26 de febrero de 2014 –contratación por entidades en el sector del agua, energía, transportes y servicios postales-.

Los lineamientos de las nuevas Directivas de la Unión Europea referentes a la contratación pública versan sobre la flexibilización de los procedimientos al uso estratégico de la contratación pública, la reducción de la documentación exigible a los licitadores, el impulso del acceso a las pymes, la contratación electrónica y la consolidación de los principios generales de la contratación pública.

Es menester señalar que el principio de transparencia se encuentra omnipresente a lo largo de las Directivas, se produce al decir del Dr. Pintos, una consolidación de los principios generales de la contratación pública, y dentro de esta consolidación se destaca "...sobre manera el principio vertebral de transparencia, vertebral porque está íntimamente ligado a todos los demás"¹¹³.

En la Directiva 2014/24 UE, en el Considerando 1 se establece que 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

¹¹³ PINTOS SANTIAGO, J., "El Transversal Principio de Transparencia en las Administraciones Públicas", en AAVV, Calidad, transparencia y ética pública, en AAVV (Coord. Pintos, Jaime), Colección Monografías-, 1ª Ed, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2017.



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*"

En el Considerando 52 dedicado a los medios de información y comunicación electrónicos como formas de aumentar la transparencia, expresa: "Los medios de información y comunicación electrónicos pueden simplificar enormemente la publicación de los contratos y aumentar la eficiencia y la *transparencia* de los procedimientos de contratación".

En el Considerando 58, se especifica que es necesario garantizar cierto nivel de transparencia, vinculado a la igualdad de trato: "Aunque algunos elementos esenciales de un procedimiento de contratación, como los pliegos relativos a la misma, las solicitudes de participación, la confirmación del interés y las ofertas deben presentarse siempre por escrito, debe seguir siendo posible la comunicación oral con los operadores económicos, siempre que su contenido esté suficientemente documentado. Es necesario garantizar un nivel adecuado de transparencia que tenga en cuenta la verificación del cumplimiento o no del principio de igualdad de trato".

En el Considerando 61, se establece como garantizar la *transparencia* e igualdad de trato en los acuerdos marco para ello, en los pliegos deben establecerse los criterios objetivos de selección.

En el Considerando 68 se hace referencia a las técnicas nuevas de compras como lo son los catálogos

electrónicos, siempre que se cumpla con los principios de igualdad de trato, no discriminación y *transparencia*.

En el Considerando 73 se establece que no se debe utilizar las posibilidades de contratación conjunta transfronteriza para eludir normas de Derecho Público obligatorias, estas normas pueden comprender, por ejemplo, disposiciones sobre la *transparencia* y el acceso a documentos, o requisitos específicos para la trazabilidad de suministros sensibles.

También el Considerando 80 refiere a que la utilización de medios de información y comunicación electrónicos conlleva una mayor *transparencia* y ahorro de tiempo.

El Considerando 82 refiere a que para garantizar la *transparencia* en procedimientos que lleven negociación y diálogos con los licitadores cuando se haya hecho una oferta admisible se debe excepto cuando existan motivos graves para no hacerlo, estar autorizados a solicitar información sobre la ejecución y el avance del procedimiento.

Considerando 90: refiere a que la adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto al principio de transparencia entre otros.

Y en Considerando 105, se hace referencia a que debe existir cierta transparencia en la cadena de subcontratación para facilitar a los poderes adjudicadores información sobre quienes realizan las obras.

El Considerando 110, refiere a que el licitador adjudicatario no debe ser sustituido por otro operador



económico conforme a los principios de transparencia e igualdad de trato.

Se establece en el Considerando 114, que en los contratos de servicios a las personas –cuándo se encuentren dentro de determinado monto- deben estar sujetos a las normas de *transparencia*.

El Considerando 126, dispone la necesidad de *la transparencia* en la toma de decisiones en los procedimientos de contratación:

A lo largo del articulado de la Directiva 2014/24 UE se continúa con la explicitación del principio de transparencia como eje central de la contratación pública.

Es así que en el artículo 40 en sede de Desarrollo del Procedimiento se establece que antes iniciar un procedimiento de contratación, los poderes adjudicadores podrán realizar consultas del mercado con vistas a preparar la contratación e informar a los operadores económicos acerca de sus planes y sus requisitos de contratación, para ello podrán, solicitar o aceptar el asesoramiento de expertos o autoridades independientes o de participantes en el mercado, que podrá utilizarse en la planificación y el desarrollo del procedimiento de contratación, siempre que dicho asesoramiento no tenga por efecto falsear la competencia y no dé lugar a vulneraciones de los principios de no discriminación y *transparencia*.

El artículo 56, relativa a la selección de los participantes y la adjudicación de los contratos dispone que cuando la información o documentación que deben presentar los operadores sea o parezca ser incompleta o errónea, podrán, salvo que se disponga de otro modo en la

normativa nacional, solicitar a los operadores económicos de que se trate que presenten, completen, aclaren o añadan la información o documentación pertinente dentro de un plazo adecuado, siempre que dichas solicitudes se hagan en plena conformidad con los principios de igualdad de trato y *transparencia*.

Con relación a la adjudicación de los contratos -el artículo 76, se establece que los Estados miembros establecerán normas nacionales para la adjudicación de los contratos sujetos a lo dispuesto en a fin de garantizar que los poderes adjudicadores respetan los principios de *transparencia* y de igualdad de trato de los operadores económicos.

En el Capítulo 3 de la Sección II, denominado “Publicación y Transparencia” –artículos 48 a 55-, contempla lo relativo a los anuncios de información previa; anuncios de Licitación; anuncios de adjudicación de contratos; redacción y modalidades de publicación de anuncios; publicación a nivel nacional; disponibilidad electrónica de los pliegos de la contratación, y la invitación a los candidatos.

El principio de transparencia no solo está recogido en la Directiva 2014/24 UE, sino que también está presente en las Directivas 2014/25 UE –Contratación por entidades que operan los sectores del agua, energía, transporte y los servicios postales, y 2014/23 UE - adjudicación de contratos de concesión-.

De la misma forma que los principios han sido recogidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), pasan luego a las Directivas Europeas de contratación, y con posterioridad son recogidas en Derecho español.



La nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre de 2017 -LCSP- ya en el preámbulo anuncia que los objetivos que inspiran la regulación de la ley son lograr una mayor transparencia en la contratación pública.

“Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la presente Ley son, en primer lugar, lograr una mayor *transparencia* en la contratación pública, y en segundo lugar el de conseguir una mejor relación calidad-precio”. Continúa “...persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, *transparencia*, proporcionalidad e integridad”.

Se especifica que “... los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos, y educativos u organizar los mismos 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”.

“Con independencia de las normas llamadas a facilitar la lucha contra el fraude y la corrupción, se incluyen nuevas normas tendentes al fomento de la *transparencia* en los contratos”.

Se menciona que, en el Procedimiento Abierto Simplificado, al aludirse a los procedimientos de adjudicación en el que el proceso de contratación, está

concebido para que su duración sea muy breve y la tramitación muy sencilla, pero sin descuidar, sin embargo, la necesaria publicidad y *transparencia* en el procedimiento de licitación del contrato.

Ya en el cuerpo de la norma se establece en artículo 1^a que los objetivos de la ley son regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y *transparencia* de los procedimientos..."

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación –Artículo 3- se enumeran todas las entidades que quedan contenidas en la ley, haciéndose referencia que en la financiación de los Partidos Políticos; así como las organizaciones sindicales, cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con la letra d) del apartado 3 del presente artículo, y respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada deberán actuar conforme a los principios de publicidad, concurrencia, *transparencia*, igualdad y no discriminación sin perjuicio del respeto a la autonomía de la voluntad y de la confidencialidad cuando sea procedente.

En el artículo 11, se dispone que en los contratos excluidos de la ley, la prestación de servicios sociales por entidades privadas siempre que estas se realicen sin necesidad de celebrar contratos públicos, cuando se cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de *transparencia* y no discriminación.

Artículo 63. Perfil del contratante -- se establece que los órganos de contratación difundirán exclusivamente a través de internet su perfil de contratante, como elemento que agrupa la información y documentos



relativos a su actividad contractual al objeto de asegurar la *transparencia* y el acceso público a los mismos.

La regulación contenida en el artículo citado es bien importante en primer lugar porque incrementa la obligación de publicidad activa prevista en la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; en segundo lugar porque el acceso al perfil del contratante es libre y que no se requerirá identificación previa excepto para el acceso a servicios personalizados asociados al contenido del perfil del contratante; además toda aquella información contenida en los perfiles de contratantes se deben publicar en formatos abiertos y reutilizables y la misma estará accesible al público durante cinco años; asimismo en el perfil del contratante se publicarán las razones que motiven la elección de los asesores externos que resulten seleccionados; la información que se debe publicar es un piso mínimo de información nada obsta a que se pueda publicar más información que la señalada.

La transparencia como ya se ha expresado es sumamente importante para luchar contra la corrupción, ya que ésta halla en los contratos públicos un campo fértil para desarrollarse, por ellos en el artículo 64.1 - se dispone que los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la *transparencia* en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.

El artículo 115, hace referencia a las consultas preliminares del mercado, cuando estas consultas se

realicen valiéndose del asesoramiento de terceros, se dispone que ese asesoramiento será utilizado por el órgano de contratación para planificar el procedimiento de licitación y, también, durante la sustanciación del mismo, siempre y cuando ello no tenga el efecto de falsear la competencia o de vulnerar los principios de no discriminación y *transparencia*.

En el artículo 132 se desarrollan tres principios básicos en especial para la contratación pública, como son los principios de igualdad, transparencia y libre competencia.

El artículo 134. Establece la obligación de difundir información de los contratos públicos por medio de anuncios que se publiquen en boletines y en diarios oficiales, como ser la publicación de anuncios de información previa con que los órganos de contratación tienen previsto licitar en los doce meses siguientes a su publicación.

En el artículo 145 se dispone cuáles son los requisitos y clases de criterios para la adjudicación de los contratos, determinándose que la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios en base a la mejor relación calidad-precio, y en el numeral 5) se enumeran los requisitos que deben servir de base para la adjudicación del contrato, indicándose en el literal b) que estos requisitos 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.

En el artículo 154 se establece la forma en que se realizará el anuncio de formalización de los contratos. En su numeral 7, se dispone que podrán *no* publicarse



determinados datos relativos a la celebración del contrato cuando se justifique debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en la letra c) del apartado 2 del artículo 19 se establece que cuando se tome la decisión de no publicar determinados datos relativos a la celebración del contrato, los órganos de contratación deberán solicitar la emisión de informe por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno a que se refiere la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en el que se aprecie si el derecho de acceso a la información pública prevalece o no frente a los bienes que se pretenden salvaguardar con su no publicación, que será evacuado en un plazo máximo de diez días, salvo que ya se hubiese efectuado por el órgano de contratación consulta sobre una materia idéntica o análoga, sin perjuicio de la justificación debida de su exclusión en el expediente en los términos establecidos en este apartado.

Artículo 166. Refiere a los procedimientos con negociación, establece que la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras negociar las condiciones del contrato con uno o varios candidatos. Pero se establece que el procedimiento que se seguirá para negociar, que en todo momento garantizará la máxima *transparencia* de la

negociación, la publicidad de la misma y la no discriminación entre los licitadores que participen.

Artículo 321. Se establece que las adjudicaciones de contratos de las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores se ajustarán a determinadas reglas, entre ellas, que los órganos competentes de estas entidades deberán aprobar instrucciones en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, *transparencia*, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

También se dispone que para los contratos cuyo valor estimado sea inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros, podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación que, en su caso, sea necesaria para realizar la prestación objeto del contrato. Pero, estos contratos o acuerdos, o aquellos que se concierten para la selección de proveedores se sujetarán, como mínimo, a las reglas detalladas y deberá respetarse en todo caso los principios de igualdad, no discriminación, *transparencia*, publicidad y libre concurrencia:

En el artículo 328. Se dispone que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado entre otras cosas, elaborará un informe que lo remitirá a Comisión Europea cada tres años, y los harán públicos al mes de ser remitidos a la Comisión Europea, publicándolos en los correspondientes portales de transparencia y en la Plataforma de Contratación del Sector Público.



Por el Artículo 332. Se crea la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación teniendo la misma entre otros cometidos la de verificar que se apliquen con la máxima amplitud las obligaciones y buenas prácticas de transparencia, en particular las relativas a los conflictos de interés, y detectar las irregularidades que se produzcan en materia de contratación.

Se dispone en el artículo 346 que deberá mantenerse un Registro de Contratos, en el que se inscribirán los datos básicos de los contratos adjudicados por las distintas Administraciones Públicas y demás entidades del sector público sujetas a la Ley. Se establece que respetando lo previsto en la ley 19/2013, de 9 de diciembre, de 2013, ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, se facilitará el acceso público a los datos que no tengan el carácter de confidenciales y que no hayan sido previamente publicados de modo telemático y a través de Internet.

Asimismo, se establece también el carácter público del Registro Oficial de Licitadores y Empresas clasificadas del Sector Público que puede contener información de las empresas, para acceder las personas deberán previamente identificarse –artículo 344-.

De la misma forma se prevé la creación de un Registro dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda, así como otros que podrán crear las Comunidades Autónomas -artículos 337.2 y 340-.

Dentro del principio de transparencia, merece mencionarse, siguiendo a Cerrillo I Martínez, la obligación de motivar las decisiones adoptadas en el marco del procedimiento de licitación, ya que por medio de la motivación se les facilita a los licitadores

información sobre las decisiones que se toman a lo largo de la licitación. Debe destacarse que, a pesar de la importancia de la motivación de la adjudicación de un contrato, ésta no se contempla con carácter general, sino solamente a los licitadores participantes.¹¹⁴

2.3 Integridad en el Derecho español.

En la Directiva 2014/24 UE de 26 de febrero de 2014, en su primer considerando se destaca la necesidad de respetar los principios generales en la adjudicación de los contratos públicos por parte de los Estados Miembros, como viene de verse el principio de transparencia se relaciona con otros principios de la contratación pública, como son entre otros los principios de igualdad, concurrencia, no discriminación, publicidad.

En los últimos años se ha reconocido el impacto del principio de *transparencia* para fomentar la *integridad pública*, así en el preámbulo de la LCSP se establece que "Con independencia de las normas llamadas a facilitar la lucha contra el fraude y la corrupción, se incluyen nuevas normas tendentes al fomento de la transparencia en los contratos

¿Pero, qué debemos entender por integridad?

Para Cerrillo I Martínez la integridad es la actuación de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento por parte de los altos cargos y empleados públicos, sin que prevalezcan otros intereses, motivaciones o fines particulares por encima del interés general. La integridad se refiere a completitud, la coherencia y la congruencia

¹¹⁴ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., Tratado de Contratos del Sector Público, Tomo I, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018



entre los valores, principios y normas que guían la actuación de los altos cargos y empleados públicos y su actuación real y efectiva debido a la inexistencia de conflictos de intereses.¹¹⁵

En la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, de 31 de octubre de 2003, -ratificada por la Unión Europea y España-, se establece en el artículo 9, que cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia, y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces entre otras cosas para prevenir la corrupción, donde se deberán abordar valores mínimos apropiados, como por ejemplo, difusión pública de información referente a procesos de contratación pública y contratos, licitaciones y procedimientos de adjudicación de contratos, condiciones de participación, criterios de selección, publicación, mecanismo eficaz de examen interno, sistema de apelación para garantizar recursos.

La Directiva 2014/24 UE también establece medidas para garantizar la integridad en la contratación pública, debiéndose respetar los principios de igualdad, no discriminación, publicidad, transparencia y libre concurrencia.

Señala Moreno Molina que en la Directiva se prevén medidas para evitar conflicto de intereses reales, posibles o percibidos que aunque no conduzcan necesariamente a comportamientos corruptos, tienen un elevado potencial para influir indebidamente en las

¹¹⁵ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., Tratado de Contratos del Sector Público, Tomo I, "ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018

decisiones de contratación pública, con el efecto de falsear la competencia y poner en riesgo la igualdad de trato de los licitadores¹¹⁶.

En la Directiva se establece que Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación para evitar cualquier falseamiento de la competencia, así como garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos.

Se entiende por conflicto de intereses aquellas situaciones en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación. - artículo 24-.

Se prevé también los motivos que pueden llevar a la exclusión de un licitador de un procedimiento de contratación, como ser cuando éste haya sido condenado por sentencia firme por delitos vinculados a la corrupción, -artículo 57-.

¹¹⁶ Moreno Molina, J., "Principios Generales de la Contratación Pública en el Reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina, Consultado en: revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/14387/15002 [3 de junio de 2018]



Se hace mención a la presentación de ofertas anormalmente bajas, estableciéndose que los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes en la oferta, cuando éstas parezcan anormalmente bajas -artículo 69-.

Se dispone que Los Estados miembros velarán para que la aplicación de las normas de contratación pública sea supervisada. Y cuando se detecten incumplimientos específicos o problemas sistémicos, estarán facultadas - las autoridades o estructuras de supervisión- para señalar estos problemas a las autoridades de auditoría, órganos jurisdiccionales u otras autoridades, organismos o estructuras nacionales adecuados, como el defensor del pueblo, los Parlamentos nacionales o las comisiones parlamentarias -artículo 83.2-.

Asimismo, se prevé que los resultados de las actividades de supervisión se pondrán a disposición del público por los medios de información adecuados. Estos resultados se comunicarán también a la Comisión. Cada tres años, los Estados miembros presentarán a la Comisión un informe de supervisión que comprenda -si procede- información sobre las fuentes más frecuentes de aplicación incorrecta o de la inseguridad jurídica, por ejemplo, los posibles problemas estructurales o recurrentes en la aplicación de las normas, sobre la prevención, detección y notificación adecuada de los casos de fraude, corrupción, conflicto de intereses y otras irregularidades graves en la contratación.

En la contratación pública el principio de integridad constituye un principio básico, así se desprende de la exposición de motivos de la LCSP, y está presente también a lo largo del articulado de la misma.

Pudiéndose señalar el artículo 64 que contiene disposiciones que versan sobre la lucha contra la corrupción y la prevención de los conflictos de intereses, como el artículo 70, que contiene previsiones referentes a las condiciones especiales de competitividad, en el artículo 71 se establecen las prohibiciones para contratar, en el artículo 115 se hace referencia a las consultas preliminares de mercado.

A su vez conviene resaltar que -artículo 326- se han reforzado las medidas de integridad con relación a la Mesa de contratación, se introdujeron precisiones en cuanto a la integración de la Mesa: "En ningún caso podrán formar parte de las Mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas los cargos públicos representativos ni el personal eventual. Podrá formar parte de la Mesa personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente. Tampoco podrá formar parte de las Mesas de contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, salvo en los supuestos a que se refiere la Disposición adicional segunda".

Se exige que se publique en el perfil de contratante "...el cargo de los miembros de las mesas de contratación y de los comités de expertos, no permitiéndose alusiones genéricas o indeterminadas o que se refieran únicamente a la Administración, organismo o entidad a la que representen o en la que prestasen sus servicios" -artículo 63-.

El principio de la integridad constituye por tanto un verdadero principio jurídico, no una mera norma ética o moral.



3.- TRANSPARENCIA E INTEGRIDAD EN EL DERECHO URUGUAYO

3.1.- Transparencia en el Derecho Uruguayo

En el Derecho Uruguayo la *transparencia* ha sido incorporada como principio de la contratación pública por primera vez en el artículo 149 del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera –en adelante TOCAF- en la última reforma realizada en el año 2012.

Debemos señalar que, aunque el concepto de transparencia no estuviera recogido explícitamente en la norma de contratación, esto no significaba que la misma no existiera, ya que el principio de *transparencia* tiene raigambre constitucional. En efecto, el mismo se encuentra contenido en los artículos 72 y 82 de la Carta Magna, por tanto, es un Derecho que deriva de la forma Republicana de Gobierno, del sistema democrático republicano de gobierno, por tanto, constituye un elemento intrínseco a la democracia.

También puede señalarse que en el artículo 22 de la Constitución se prohíben las pesquisas secretas; en el artículo 29 se reconoce el derecho a la libertad de expresión y la libertad de información, en el artículo 191 se dispone que los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y todas las administraciones autónomas con patrimonio propio, publicarán los estados que reflejen su actividad financiera; contiene disposiciones referentes a la competencia del Tribunal de Cuentas que tienen como presupuesto la obligación de permitir inspeccionar la gestión; se referencia directamente al principio de publicidad; disposiciones

relacionadas con la publicación de las leyes, los decretos departamentales y los actos administrativos (artículos.136, 141, 168. 4, 275.2, 299, 300, 317), el juicio político (artículo 102) y la actuación de la Suprema Corte de Justicia (artículo 239.1).

Por lo expuesto, podemos sostener que del sistema constitucional uruguayo se deriva el principio de transparencia, siendo el secreto y la reserva excepciones que deberán estar fundadas.

También la transparencia ha sido recogida legislativamente.

Se sanciona la Ley 17.008, 25 de septiembre de 1998, en la cual se ratifica la Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas 1996) por la que el Estado uruguayo asume la obligación de contar con normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas.

Posteriormente, se aprueba la Ley 17.060, de 23 de diciembre de 1998, -Ley Anti Corrupción-, donde se introdujeron algunas soluciones innovadoras en el ordenamiento jurídico uruguayo, no siendo la primera al respecto sobre el tema, pero sí la de mayor profundidad. En el artículo 5 de la ley, se dispone que "...los organismos públicos darán amplia publicidad a sus adquisiciones de bienes y contrataciones de servicios...".

Se establece en el artículo 6 que el Poder Ejecutivo, a propuesta de la Junta, llevará a cabo periódicamente campañas de difusión en materia de transparencia pública y responsabilidad de los funcionarios públicos, así como sobre los delitos contra la Administración Pública y los mecanismos de control ciudadano.



Se aprueba la Ley 17.296, de 23 de febrero de 2001, donde en su artículo 22 se establece que los órganos y organismos comprendidos en el artículo 451 de la Ley Nº15.903, de 10 de noviembre de 1987, se regirán por los principios de transparencia e información...”.

Luego, por Decreto 30/2003, de 23 de enero de 2003, se aprueban normas de conducta en la Función Pública, donde se compila en forma ordenada las principales normas constitucionales y legales que regulan la actuación de los funcionarios públicos. Se describen las conductas de un buen administrador público, arregladas a la probidad, imparcialidad, transparencia, publicidad e se incorpora la temática de las implicancias.

Posteriormente en junio 27 y 28 de 2003, se suscribe por los Estados Iberoamericanos la Carta Iberoamericana de la Función Pública; por ley Nº 18.056 de 20 de noviembre de 2006, se ratifica la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción -de fecha 30 de octubre de 2003-; y en la VIII Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, los Estados Iberoamericanos suscribieron el Código Iberoamericano del Buen Gobierno, en 22 y 23 Junio de 2006, donde se aprueban normas referidas a la ética gubernamental, y a la gestión pública.

Se aprueba el 17 noviembre de 2008, la Ley de Acceso a la Información Pública -Ley 18.381-, la citada ley significó un avance sumamente importante en la transformación democrática del estado, ya que el concepto prevalente es que el gobierno pertenece a los gobernados, y que el buen gobierno está basado en tres pilares fundamentales como son la transparencia, el acceso a la información pública y la rendición de cuentas.

En su artículo 1º) se dispone que "... ley tiene por objeto promover la *transparencia* de la función administrativa de todo organismo público, sea o no estatal, y garantizar el derecho fundamental de las personas al acceso a la información pública".

La transparencia tiene como elemento intrínseco el derecho fundamental de acceso a la información pública, estableciéndose además que este derecho se ejerce, sin necesidad de justificar las razones por las cuales se solicita la información. Estableciéndose, además, –art 8- que las excepciones a la información pública serán de interpretación estricta y comprenderán aquellas definidas como secretas por la ley, o aquellas que tengan carácter reservado o confidencial.

Ahora bien, con referencia al principio la transparencia en la contratación pública como se expresara supra, el artículo 149 del TOCAF enumera los principios que regirán la contratación pública, siendo éstos los siguientes: Flexibilidad; Publicidad; Igualdad de los oferentes y concurrencia en los procedimientos competitivos para el llamado y la selección de las ofertas; Razonabilidad; Delegación; Ausencia de ritualismo; Materialidad frente al formalismo; Veracidad salvo prueba en contrario; *Transparencia* y Buena fe.

Se establece también que estos principios mencionados servirán de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las disposiciones pertinentes.

El artículo 1, dispone que la Contabilidad y Administración Financiera del Estado se regirá por determinadas disposiciones, las cuales deberán aplicarse de acuerdo con las prácticas de *transparencia*, celeridad y eficiencia, en base a las normas vigentes.



Artículo 44. Se amplía para los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio industrial y comercial del Estado, el tope del monto, tanto para la licitación abreviada, como para la compra directa, siempre que se “Publiquen todo lo relativo a sus contrataciones superiores al límite de su procedimiento de compra directa en el sitio web de Compras y Contrataciones Estatales contribuyendo a la transparencia de su sistema”.

Artículo 150. Se crea la Agencia de Compras y Contrataciones del Estado, como órgano desconcentrado, disponiéndose que la misma tendrá como finalidad promover y proponer acciones tendientes a la mejora de la gestión y la *transparencia* de las compras y, en general, de las contrataciones del sector público.

Artículo 151. En este artículo se establecen los cometidos de la Agencia de Compras y Contrataciones del Estado, especificándose en literal F) que deberá desarrollar y mantener el sitio web de compras y contrataciones estatales donde las Administraciones Públicas Estatales publiquen la información referida a contrataciones de obras, bienes y servicios, de forma tal que constituya una herramienta de *transparencia* puesta a disposición de la ciudadanía.

Como ya se ha expresado el principio de transparencia está íntimamente vinculado al principio de publicidad por ello es menester señalar que también hay varios artículos contenidos en el TOCAF que hacen referencia a ésta, en esa línea podemos señalar:

Artículo 50. Se dispone que será obligatoria la publicación en el sitio web de Compras y Contrataciones Estatales, por parte de las administraciones públicas

estatales, la convocatoria a procedimientos competitivos correspondientes a contrataciones de obras, bienes y servicios, incluyendo la publicación del pliego de condiciones particulares, así como sus posteriores modificaciones o aclaraciones, como que se deberá publicar el acto de adjudicación, la declaración de desierta o de rechazo de ofertas, de todos sus procedimientos de contratación cuando los montos alcancen los topes estipulados. Se prevé también que la Agencia de Compras y Contrataciones del Estado podrá facilitar a las empresas interesadas la información de la convocatoria a licitaciones en forma electrónica y en tiempo real.

Artículo 51. Dispone que los llamados a licitaciones públicas deberán publicarse en el Diario Oficial y en el sitio web de Compras y Contrataciones Estatales, sin perjuicio de otros medios que se consideren convenientes para asegurar la publicidad del acto. Y cuando se trate del procedimiento de subasta o remate, deberá conferirse amplia publicidad al mismo y se efectuarán publicaciones en el sitio web de Compras y Contrataciones Estatales y en un diario de circulación nacional con una antelación no menor a quince días de la fecha fijada para la subasta.

Artículo 53. Se dispone que cuando se utilice el procedimiento de subasta o remate, deberá conferirse amplia publicidad al mismo y se efectuarán publicaciones en el sitio web de Compras y Contrataciones Estatales y en un diario de circulación nacional con una antelación no menor a quince días de la fecha fijada para la subasta.

Artículo 54. Cuando se utilice el procedimiento de pregón o puja a la baja, deberá conferirse amplia publicidad al mismo a través de la publicación en el sitio web de Compras y Contrataciones Estatales y otros medios



idóneos de publicidad, con una antelación no menor a diez días de la fecha fijada para la puja.

Artículo 56. Se dispone que, en los casos de adquisición o arrendamiento de inmuebles por parte del Estado, bastará una publicación en un diario de circulación nacional, la que podrá sustituirse por cualquier medio idóneo de publicidad.

3.2 Integridad en el Derecho Uruguayo.

Con relación al principio de integridad debe señalarse que como tal no está previsto explícitamente en la normativa nacional. Cuando se enumeran los principios que rigen la contratación pública en el artículo 149 del TOCAF, la integridad no está contemplada como principio.

No obstante ello, conforme al artículo 72 de la Constitución de la República la enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye otros que son inherentes a la personalidad humana o que deriven de la forma republicana de gobierno.

Por ello, debemos analizar si de la diferente normativa del país se puede concluir que el principio de integridad está contemplado.

Para ello, en primer término, es menester mencionar el artículo 76 del TOCAF, donde se dispone que la Agencia de Compras y Contrataciones del Estado es responsable del funcionamiento del Registro Único de Proveedores del Estado, sin perjuicio de ello los demás organismos podrán llevar sus propios Registros, complementarios del

Registro Único, intercambiando con éste la información común en forma electrónica y en tiempo real.

Además, se prevé que el Registro Único incorporará información sobre sanciones a proveedores que resuelvan las Administraciones públicas estatales una vez que se encuentren firmes, las que se considerarán como antecedentes de los mismos para futuras contrataciones que se realicen.

Asimismo, se dispone que cada proveedor tendrá derecho a conocer la información que el Registro tenga sobre el mismo, ya sea en forma directa o en forma electrónica en tiempo real, sin más trámite que su identificación.

Los interesados en contratar con el Estado, de acuerdo con lo que establezca la reglamentación, deberán inscribirse en dicho Registro Único excepto los que realicen contrataciones de monto inferior al límite fijado en la misma.

En el caso de que se resuelva por parte de la Agencia, la suspensión o eliminación de un licitador, ésta podrá hacerla extensiva para todos los organismos contratantes, previa vista a los proveedores involucrados.

En el artículo 46, se establece quienes tienen capacidad para contratar con el Estado, excluyéndose -entre otras- a aquellas personas físicas o jurídicas que integren o que estén vinculadas, ya sea por representación, dirección, asesoramiento o dependencia con la administración contratante.

No obstante, se prevé que en los casos de dependencia podrá darse curso a las ofertas presentadas, siempre que



no exista conflicto de intereses y la persona no tenga participación en el proceso de adquisición.

En los artículos 125 y 126, se establece que cuando el Tribunal de Cuentas caratule como de urgente consideración podrá comunicar a la Asamblea General o, a las Juntas Departamentales –según corresponda– aquellas resoluciones, con observaciones en los casos que refieran a alguna de las siguientes situaciones y montos que se enumeran en la norma.

Se establece también que cuando las observaciones, al caratularse de urgente consideración deberán ser publicadas de inmediato en el sitio web del Tribunal de Cuentas en un apartado exclusivo.

Se establece que la Presidencia de la Asamblea General o de la Junta Departamental, en su caso, al recibir estas observaciones caratuladas de urgente consideración, podrá solicitar a la Junta de Transparencia y Ética Pública asesoramiento especializado sobre las mismas, debiendo emitir un dictamen técnico en un plazo máximo de cuarenta días hábiles, el mismo será remitido a la Asamblea General para su consideración y, de corresponder, al Poder Judicial -artículo 126.1-.

Por otro lado, también deben considerarse las normas contempladas en el Decreto 30/2003 de 23 de enero de 2003 -Normas de conducta en la Función Pública.

En el mismo se describen las conductas de un buen administrador público, como ser la probidad, imparcialidad, transparencia, publicidad e incorpora la temática de las implicancias.

En artículo 11, se consagra la probidad, se prevé que el funcionario público debe observar una conducta honesta,

recta e íntegra y desechar todo provecho o ventaja de cualquier naturaleza, obtenido por sí o por interpuesta persona, para sí o para terceros, en el desempeño de su función, con preeminencia del interés público sobre cualquier otro. También debe evitar cualquier acción en el ejercicio de la función pública que exteriorice la apariencia de violar las Normas de Conducta en la Función Pública.

En el artículo 16 se prevé que los funcionarios públicos deberán excusarse de intervenir o podrán ser recusados cuando medie cualquier circunstancia que pueda afectar su imparcialidad.

En el artículo 17 se dispone que el funcionario público debe distinguir y separar radicalmente los intereses personales del interés público, deberá adoptar todas las medidas a su alcance para prevenir o evitar todo conflicto o conjunción de esos intereses en el desempeño de sus funciones.

Por lo expresado podemos concluir que a pesar de no estar explícitamente contemplado el principio de integridad, el mismo tiene cabida por lo dispuesto en el artículo 72 de la Constitución y las demás normas mencionadas.

4.- CONCLUSIÓN

Nadie puede dudar que la corrupción es hoy un problema en todos los países a lo largo del mundo, convirtiéndose en una patología que impacta no solamente a quienes son protagonistas de los actos que se llevan a cabo, sino que termina afectando a toda la sociedad.



Como es sabido, la contratación pública tiene gran importancia desde el punto de vista económico, social y político, entre otras cosas por los intereses que están en juego y que hacen justamente que la misma sea un ámbito propicio para que se desarrolle la corrupción y las prácticas deshonestas. Muchos de los países que han sancionado en estos últimos años leyes de transparencia o de acceso a la información pública, lo han hecho como una forma de combatir, o paliar la corrupción reinante. Del análisis realizado en el presente trabajo se desprende que tanto en la normativa española como en la uruguaya existe una preocupación real por la corrupción y el principio de transparencia se encuentra omnipresente en ambas legislaciones, no solamente como forma de combatir la corrupción sino lo que es más importante como una forma de disuasión de la misma.

En la legislación española como se ha señalado por algunos autores el principio de transparencia “vertebra” toda la contratación pública. Estando así mandatado en múltiples sentencias, tanto en los Tribunales de Justicia Europeos como en los españoles.

Además, como se puede observar en el análisis de este trabajo las Directivas de la Unión Europea han colocado al principio de transparencia como uno de los principios más trascendentales. Algo similar sucede con el principio de integridad, aunque es de recepción más reciente. Es de esperar que vaya tomando relevancia ya que es un principio “abarcativo”, que forma un bloque de principios, al cual no le es ajeno la transparencia.

En el derecho uruguayo si bien el principio de transparencia ha tenido reciente consagración como principio de la contratación pública, el mismo ya contaba con consagración constitucional, además de estar recogido en diferentes normas del derecho vernáculo.

Con relación con el principio de integridad, éste no tiene consagración expresa en la normativa, pero a partir de nuestro análisis podemos sostener que el mismo tiene cabida por medio del artículo 72 de la Constitución Nacional además de desprenderse de varias normas, aunque éstas no estén formando parte de un solo texto normativo.

BIBLIOGRAFÍA:

- DURÁN MARTÍNEZ, A., *"Principios de la Contratación Administrativa"*, en AAVV, Estudios de Derecho Administrativo, (coord. SCHIAVI, P., BERCHESI, B), La Ley (Montevideo), 2018, págs. 49 a 81.
- CAGNONI, J.A, "La primacía de la persona: el principio personalista", *Revista de Derecho Público*, 24 (2003), pág. 135.
- DELPIAZZO, C., "Recepción de los Principios Generales de Derecho en el Derecho Positivo Uruguayo," en AAVV, *Los principios en el Derecho Administrativo Uruguayo*, AMF (Montevideo), 2009, págs. 31 a 33.
- CASSAGNE, J.C., *El derecho administrativo hoy*, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires (Argentina), 1996, p. 24.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.F., T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 4ª ed. Madrid (España) 1983. p. 74.
- DELPIAZZO, C., "Triple dimensión del principio de transparencia en la contratación administrativa", consultado en <https://www.google.com/url?> -



dimensi%25C3%25B3n-del-principio-de-transparencia-en-la-con...&usg=AOvVaw2cY5q29fK5Q9xWQF3Ajr1 [3 junio 2018].

- UNODC, "Transparencia, Objetividad y Competencia en las Contrataciones Públicas": Evaluación legal en el Gobierno Federal, en el Distrito Federal y en el Estado de Puebla sobre cumplimiento del art. 9ª de la Convención de las Naciones Unidad contra la Corrupción.

- CAIROLLI, M., "La corrupción como mal social, su avance en las empresas", La corrupción y la empresa, AAVV, Fundación Konrad Adenauer (Montevideo) 1999.

- GREENBERG, M., BUREAUCRACY and DEVELOPMENT, H., Lexington, 1970, citado por TORDARELLO, G., en Corrupción Admnsitrativa y Enriquecimiento. Ed. Editores Argentinos, (Bs. As) 2008

- DICKSON,R., "La Transparencia en la Contratación Pública", en AAVV Contrataciones Públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales (cord. Morandini, F., Fernández, A.) INAP, (Madrid) 2017.

- MATA, C., "Presentación de las modificaciones de la Ley Nº18.834, en AAVV, Renovación de la Contratación Pública (coord. DELPIAZZO, C.), FCU (Montevideo), 2013, págs. 379 a 384.

- CERRILLO MARTÍNEZ, A., El principio de integridad en la contratación pública. Thomson-Reuters- Aranzadi, (Navarra) 2014 (Cap.3).

- Sentencia de 6 de abril de 2006, ANAV, C-410/04, Rec. p. I-3303, apartado 21.

- PINTOS SANTIAGO, J., "El Transversal Principio de Transparencia en las Administraciones Públicas", en AAVV, Calidad, transparencia y ética pública, en AAVV (Coord. Pintos, Jaime), Colección Monografías-, 1ª Ed, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2017.

- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., Tratado de Contratos del Sector Público, Tomo I, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., Tratado de Contratos del Sector Público, Tomo I, "ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- MORENO MOLINA, J., "Principios Generales de la Contratación Pública en el Reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina, Consultado en:
revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/articulo/download/14387/15002 [3 de junio de 2018]

PREMIOS REVISTA GABILEX

BASES DE LA CONVOCATORIA



PREMIOS REVISTA GABILEX

La Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, convoca los Premios Gabilex en sus dos categorías: "Categoría General" y "Categoría Másteres, TFG y similares" para trabajos originales de estudio e investigación sobre cualquier rama del Derecho. El objeto de la convocatoria es el reconocimiento y estímulo de la labor creadora y de investigación de los trabajos, valorándose el carácter práctico de los trabajos presentados, conforme a las siguientes:

BASES

1. PARTICIPANTES

El I Premio Gabilex "Categoría General" está destinado a trabajos de estudio e investigación originales e inéditos que aborden temas relacionados con cualquier rama del Derecho. Podrán optar al premio las personas físicas, ya sea de forma individual o colectiva.

Los participantes podrán presentar uno o más trabajos.



En ningún caso podrán participar miembros del Consejo de Redacción, del Comité Científico o del Comité Evaluador.

El II Premio Gabilex “Categoría Másteres, TFG y similares” se otorga a los mejores trabajos de fin de grado de Derecho o de Doble Grado de Derecho, o master, título de especialista o título de experto en cualquier rama del Derecho realizados por alumnos de cualquier Universidad española o extranjera en los cursos 2017/2018, 2018/2019, 2019/2020.

2. PRESENTACIÓN DE LOS TRABAJOS

Los investigadores que deseen concurrir al I Premio Gabilex “Categoría General” y al II Premio “Categoría Másteres, TFG y similares” deberán enviar sus trabajos por correo electrónico a la siguiente dirección: revistagabinetejuridico@jccm.es especificando el premio al que optan.

Se enviará un archivo en formato con el trabajo original encabezado por el título del trabajo y un pseudónimo de su autor.

En otro archivo en formato se enviará únicamente el título del trabajo, y el pseudónimo de su autor. Además, se incluirán los siguientes datos del autor: nombre, dirección, teléfonos de contacto y un breve currículum vitae, así como una declaración firmada electrónicamente en la que conste que la obra es original e inédita, no se ha presentado a otro concurso pendiente de resolución, ni tiene sus derechos comprometidos de manera alguna.

Al enviar sus trabajos, los autores acceden a que sean publicados en la Revista Gabilex.

3. CARACTERÍSTICAS DE LOS TRABAJOS

Los trabajos remitidos para optar al I Premio Gabilex deberán ajustarse al siguiente formato:

1) La extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 40 páginas escritas en castellano, incluyéndose en este número de páginas la bibliografía, que no debe ser superior a 2 páginas. Tipo de letra Verdana, tamaño 11 para el texto principal y 10 para las notas a pie de página. El interlineado sencillo.

2) Los artículos irán precedidos de tres apartados previos:

1. Un resumen en español y su correspondiente traducción (abstract) en inglés, de entre 12 y 25 líneas como máximo en el que se avance el contenido que en ellos se desarrolla.
2. El elenco de las palabras clave del estudio y su correspondiente traducción (key words) en inglés.
3. Un sumario global en el que se recoja la totalidad de epígrafes del trabajo.

3) Fecha de finalización del trabajo.

Los trabajos remitidos para optar al II Premio deberán ajustarse al siguiente formato:



- 1) La extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 60 páginas escritas en castellano, incluyéndose en este número de páginas la bibliografía, que no debe ser superior a 2 páginas. Tipo de letra Verdana, tamaño 11 para el texto principal y 10 para las notas a pie de página. El interlineado sencillo.
- 2) Los artículos irán precedidos de tres apartados previos:
 1. Un resumen en español y su correspondiente traducción (abstract) en inglés de entre 12 y 25 líneas como máximo en el que se avance el contenido que en ellos se desarrolla.
 2. El elenco de las palabras clave del estudio y su correspondiente traducción (key words) en inglés.
 3. Un sumario global en el que se recoja la totalidad de epígrafes del trabajo.
- 3) Fecha de finalización del trabajo.

4. CITA DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Las reglas de presentación de las citas y referencias que a continuación se recogen siguen las pautas más comunes a las que se adaptan las publicaciones jurídicas, y en este sentido son orientativas en dicho campo temático. Si el trabajo presentado respeta las pautas formato expuestas en el epígrafe anterior pero su sistema de citas se adecua a otros usos académicos propios del ámbito científico en el que se inscriben, no tendrán que adecuarse al que a continuación se explica.

Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación.

La primera vez que una obra sea citada se hará una cita completa en nota a pie, con arreglo a los siguientes formatos:

Identificación del autor o autores: apellido (en su caso, apellidos) e inicial del nombre del autor, en mayúsculas o versalitas, separados por coma y terminando con un punto.

A continuación, habrá de diferenciarse según el tipo de trabajo citado:

- **Libro:** título del libro en cursiva, seguido del número de edición (si hay más de una), la editorial, la localidad de edición y el año de la misma.

La separación entre el nombre del autor y el título del libro se hará a través de coma, y la separación del resto de indicaciones referidas a través de comas.

- **Artículo en publicación periódica (revista):** título del artículo entre comillas, título de la revista –si la revista se conoce comúnmente con algún acrónimo se pondrá éste, pero se hará constar también el título completo de la revista entre paréntesis-, año de edición, página inicial y final del artículo.
- **Capítulo en colección de escritos de varios autores:** título del capítulo o aportación escrita entre comillas, título de la obra de conjunto en cursiva, mención –en su caso- del nombre del



coordinador, director o editor de la obra conjunta, y, a continuación, mención de la localidad y del año de edición.

- **Obra en co-autoría:** los autores serán mencionados por el orden en el que figuren en el libro o artículo u otro tipo de escrito. La separación entre nombres de autores se hará a través de punto y coma.

• **Las posteriores citas de la misma obra** serán abreviadas, mencionándose, únicamente, el apellido (los apellidos, en su caso), del autor o de los autores, y una abreviatura del título de la obra, seguida tres puntos suspensivos entre paréntesis y de la indicación "*op. cit.*," de que ya ha sido citada y la página correspondiente.

Modo de indicar las páginas de la obra a las que se refiere la cita: se hará constar tras la abreviatura "pág." el número de la página; por ejemplo: pág. 15. Si el número es superior a mil la cifra irá sin puntos; por ejemplo: pág. 1099. En caso de ser varias páginas, tras la abreviatura "págs." se citará la primera última página separadas con un guión, por ejemplo: págs. 345-350.

Cita de documentos oficiales de organismos reconocidos: se empleará el modo de cita oficial de los mismos.

Cita de trabajos localizables en páginas web: Si la cita es de carácter general se coloca el sitio Web (*home page*) y si es de carácter especial se debe colocar en primer lugar, la referencia al trabajo que se quiere referir y la dirección del enlace (*link*) donde aparece alojada la información. Debe indicarse también la última fecha de la consulta, debido a la posible volatilidad de la información alojada en Internet.

5. PLAZO.

El plazo de recepción de los originales que opten al premio concluirá a las 00:00 horas del día 6 de marzo de 2020.

6. DOTACIÓN DEL PREMIO Y PUBLICACIÓN DE LOS TRABAJOS.

El I Premio Gabilex estará dotado con 1500 euros.

El II Premio Gabilex estará dotado con 500 euros.

El Jurado podrá recomendar que los trabajos no premiados que alcancen un nivel de calidad adecuado, sean publicados en la Revista Gabilex.

Todos los trabajos premiados con I Premio y II Premio recibirán certificado acreditativo del Premio obtenido y serán publicados en la Revista Gabilex.

7. JURADO.

El Jurado designado por la Dirección de la Revista estará compuesto por cinco miembros elegidos entre el Consejo Evaluador Externo, Comité Científico y el Consejo de Redacción.

El funcionamiento del Jurado, que podrá realizar sus sesiones on-line, se acomodará a las normas contenidas en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.



8. FALLO Y ENTREGA DEL PREMI O.

El fallo se dará a conocer antes del día 24 de abril de 2020. La entrega del Premio tendrá lugar en Toledo durante la celebración del Congreso de la Revista Gabilex que organiza la Revista convocante.

9. ACEPTACIÓN DE LAS BASES.

El fallo del Jurado será inapelable. Los concurrentes, por el mero hecho de presentar sus trabajos, aceptan sin reservas y se atienen sin condiciones a estas bases y a la decisión inapelable del Jurado.

Los premios podrán ser declarados desiertos si, a juicio del Jurado, la calidad de los trabajos presentados no alcanza la mínima calidad exigida.

COLABORAN:



CONSEJO SUPERIOR DE LETRADOS Y
ABOGADOS DE COMUNIDADES AUTÓNOMAS

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

BASES PARA LA PUBLICACIÓN

BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS Y RESEÑAS EN LA REVISTA GABILEX, REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA

I. LENGUA DE LOS TRABAJOS

El idioma oficial de la **Revista GABILEX** es el español y los trabajos que se publiquen deberán estar escritos por regla general en esta lengua. Si bien, por su especial relevancia, podrán publicarse artículos que estén escritos en otras lenguas como el inglés, francés, portugués o italiano, entre otros, publicándose en esos mismos idiomas con un resumen y las palabras claves también en español.

II. CARÁCTER INÉDITO DE LAS INVESTIGACIONES Y PUBLICACIONES

En la **Revista GABILEX** se publicarán principalmente artículos de investigación concebidos para la revista, esto es, de carácter **original e inédito**. Se consideran inéditos aquellos estudios que, no obstante, a haber sido publicados en un idioma distinto del español, se traduzcan por primera vez a esta lengua. Estos casos se encontrarán justificados en la relevancia jurídica y social de los estudios y en que el español es la lengua vehicular de la Revista.



Los trabajos originales de investigación han de tener una extensión suficiente. A efectos ilustrativos, se puede tomar por extensión suficiente la siguiente:

1. En el caso de los ARTICULOS DOCTRINALES que aborden en profundidad un tema jurídico de cualquier rama del Derecho, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 40 páginas.
2. En el caso de las RESEÑAS DE LEGISLACIÓN O JURISPRUDENCIA que realicen una crónica, apunte o aproximación breve a una norma jurídica o sentencia que resulte novedosa, la extensión máxima no podrá superar las 10 páginas.
3. En el caso de RECENSIONES, la extensión es variable y no debiera superar las 5 páginas. La edición del libro recensionado, impreso y/o electrónico, en ningún caso debe superar un máximo de diez (10) años desde su publicación. El libro recensionado debe pertenecer al campo de las Ciencias Sociales de acuerdo a los ejes de la revista señaladas en temáticas y alcances.

También podrán publicarse ponencias y comunicaciones presentadas a Congresos, coloquios, seminarios o jornadas de carácter científico. En estos casos debe especificarse dicha circunstancia en una nota a pie de página que se colocará al final del título del trabajo, en la que se dejará constancia de los datos del Congreso, coloquio, seminario, jornada u otro tipo de encuentro en el que se presentó.

III. SELECCIÓN Y ACEPTACIÓN DE LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN Y PUBLICACIONES

Por encima de todo la **Revista GABILEX** pretende cumplir unos objetivos de excelencia y calidad que exigen un riguroso sistema de selección de los trabajos que aparezcan en la misma ("**EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS**").

Por tal motivo, y con la finalidad de cumplir este fin, una vez presentado un trabajo se someterá a una selección previa por los miembros que integran el Consejo de Redacción de la Revista, de forma que una vez superado este primer filtro se dará paso a la iniciación de un proceso de evaluación por pares (*peer review*) o de revisión comunitaria o de comunes por los **evaluadores externos** designados a tal efecto por la Dirección y Consejo de Redacción de la Revista.

Conforme al resultado de la evaluación, la Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación del trabajo, así como, en caso de que sea necesario, de sugerir al autor o autores los cambios oportunos en orden al cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos para la publicación.

Presentado un trabajo, el Consejo de Redacción de la Revista comunicará al autor o autores la aceptación o no de la investigación en el plazo máximo de 6 semanas.

IV. CARÁCTER CIENTÍFICO DE LOS TRABAJOS

Los estudios que se presenten deberán contener necesariamente el **planteamiento del tema, su desarrollo y las conclusiones** obtenidas. Se considera de importancia este último apartado de conclusiones, por lo que se recomienda que queden debidamente destacadas.



Los estudios irán precedidos de tres apartados previos:

1. Un **resumen** en español y su correspondiente traducción (*abstract*) en inglés.
2. El elenco de las **palabras clave** del estudio y su correspondiente traducción (*key words*) en inglés.
3. Un **sumario** global en el que se recoja la totalidad de epígrafes del trabajo.

Los trabajos, en su caso, también deberán incluir al final la bibliografía y en concreto, han de intentar cumplir reunir alguna de las siguientes características:

- a) Implicar desarrollo de nuevas perspectivas en el estudio de los ámbitos de las Ciencias Jurídicas.
- b) Suponer aportaciones originales sobre la evolución histórica, jurídica, social o cultural de los campos antedichos.
- c) Aportar propuestas pro futuro, fundadas y relevantes.
- d) Aportar conocimientos e instrumentos conceptuales y analíticos para mejorar la eficacia de los ámbitos propios de la publicación.
- e) Ofrecer soluciones teórico y prácticas a problemas relativos a los ámbitos específicos de la publicación y las materias objeto de estudio e investigación.

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS AUTORES

Los trabajos irán firmados por el autor o autores con nombre y apellidos. Se hará constar necesariamente el nombre (y país en su caso) de la entidad o institución a la que esté vinculado el autor, así como la categoría profesional que ocupa.

Es necesario que el autor o autores de los trabajos faciliten un breve extracto de su *currículum vitae*, en el que esquemáticamente hagan constar tanto su experiencia profesional como, en su caso, docente e investigadora. Igualmente es imprescindible que el autor o autores indiquen en este breve extracto su dirección postal y de correo-e, a efectos de remitir el correspondiente certificado de publicación y el ejemplar de cortesía.

VI. FORMA DE ENVÍO DE LOS TRABAJOS

Tanto los ARTÍCULOS como las RESEÑAS deberán remitirse en formato *Word* o compatible por correo electrónico a la siguiente dirección de la Revista: revistagabinetejuridico@jccm.es

La presentación de trabajos se ajustará a las reglas de formato y estilo que se especifican a continuación siguiendo la tipografía en la organización de los epígrafes que consta en la plantilla adjunta como anexo al final de este documento.

Los trabajos que no se ajusten a las pautas de presentación indicadas serán devueltos a su autor para que los corrija de acuerdo con las mismas, antes incluso de pasar el filtro del Consejo de Redacción.

VII. TÍTULO, RESUMEN, ABSTRACT, PALABRAS CLAVE, KEY WORDS Y SUMARIO

Tal y como se indicaba los trabajos necesariamente contendrán el **título** en español y en inglés. Tras el título incluirán un breve **resumen** o *abstract* de entre 12 y 25 líneas como máximo en el que se avance el contenido que en ellos se desarrolla. En el resumen, que ha de



estar en español y en inglés, se hará constar la cuestión que se plantea, la solución que se aporta, y se justificará la publicación del trabajo atendida la aportación o avance científico que implica.

A continuación se incluirán cinco a diez **palabras clave** o *key words* tanto en castellano como en inglés.

Tras los datos anteriores se incluirá un **sumario** en el que figurarán todos los epígrafes del artículo en la forma que luego se concreta.

Si el artículo se publica en alguno de los otros idiomas de la revista que no sea el español, el título, el resumen, y las palabras clave deberán aparecer en el idioma en el que se publica y en español (si el idioma en el que se publica el artículo no es el inglés, deberán aparecer: en el idioma en el que se publique el artículo, en español y en inglés).

VIII. FORMATO DE LOS TRABAJOS

Los trabajos han de remitirse en formato *Word* para *Windows* en letra Verdana¹¹⁷. El cuerpo del texto principal se presentará en el tamaño 11 de dicha letra y tendrá interlineado sencillo. Las notas a pie de página tendrán tamaño 10 de letra y también tendrán interlineado sencillo y el mismo tipo de letra. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso

¹¹⁷ Se utiliza tipografía "Verdana", ya que los expertos en discapacidad aconsejan utilizar este tipo de letra al ser considerada como la más accesible a las personas con discapacidad, considerándose de este modo como sinónimo de accesibilidad.

de superíndice. El espaciado entre párrafos será de 12 puntos.

No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados ni subrayados.

Márgenes del documento:

Margen superior: 2.5 cm

Margen inferior: 2.5 cm

Margen derecho: 3 cm

Margen izquierdo: 3 cm

**IX. CITA DE REFERENCIAS
BIBLIOGRÁFICAS**

Las reglas de presentación de las citas y referencias que a continuación se recogen siguen las pautas más comunes a las que se adaptan las publicaciones jurídicas, y en este sentido son orientativas en dicho campo temático. Si el trabajo presentado respeta las pautas formato expuestas en el epígrafe anterior pero su sistema de citas se adecua a otros usos académicos propios del ámbito científico en el que se inscriben, no tendrán que adecuarse al que a continuación se explica.

Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

La primera vez que una obra sea citada se hará una cita completa en nota a pie, con arreglo a los siguientes formatos:

Identificación del autor o autores: apellido (en su caso, apellidos) e inicial del nombre del autor, en



mayúsculas o versalitas, separados por coma y terminando con un punto.

A continuación, habrá de diferenciarse según el tipo de trabajo citado:

- **Libro:** título del libro en cursiva, seguido del número de edición (si hay más de una), la editorial, la localidad de edición y el año de la misma.

La separación entre el nombre del autor y el título del libro se hará a través de coma, y la separación del resto de indicaciones referidas a través de comas.

- **Artículo en publicación periódica (revista):** título del artículo entre comillas, título de la revista –si la revista se conoce comúnmente con algún acrónimo se pondrá éste, pero se hará constar también el título completo de la revista entre paréntesis-, año de edición, página inicial y final del artículo.
- **Capítulo en colección de escritos de varios autores:** título del capítulo o aportación escrita entre comillas, título de la obra de conjunto en cursiva, mención –en su caso- del nombre del coordinador, director o editor de la obra conjunta, y, a continuación, mención de la localidad y del año de edición.
- **Obra en co-autoría:** los autores serán mencionados por el orden en el que figuren en el libro o artículo u otro tipo de escrito. La separación entre nombres de autores se hará a través de punto y coma.

Las posteriores citas de la misma obra serán abreviadas, mencionándose, únicamente, el apellido (los

apellidos, en su caso), del autor o de los autores, y una abreviatura del título de la obra, seguida tres puntos suspensivos entre paréntesis y de la indicación "*op. cit.*," de que ya ha sido citada y la página correspondiente.

Modo de indicar las páginas de la obra a las que se refiere la cita: se hará constar tras la abreviatura "pág." el número de la página; por ejemplo: pág. 15. Si el número es superior a mil la cifra irá sin puntos; por ejemplo: pág. 1099. En caso de ser varias páginas, tras la abreviatura "págs." se citará la primera última página separadas con un guión; por ejemplo: págs. 345-350.

Cita de documentos oficiales de organismos reconocidos: se empleará el modo de cita oficial de los mismos.

Cita de trabajos localizables en páginas web: Si la cita es de carácter general se coloca el sitio Web (*home page*) y si es de carácter especial se debe colocar en primer lugar, la referencia al trabajo que se quiere referir y la dirección del enlace (*link*) donde aparece alojada la información. Debe indicarse también la última fecha de la consulta, debido a la posible volatilidad de la información alojada en Internet.

X. CESIÓN DE LOS TRABAJOS Y ACEPTACIÓN DE LAS BASES DE PUBLICACIÓN

Los autores cuyos trabajos sean publicados en la **Revista GABILEX** ceden los derechos de su obra a los solos fines de ser incluidos en la Revista y recibirán un certificado acreditativo de la publicación. La remisión de los trabajos implica la aceptación de estas bases.



XI. RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES SOBRE LAS OPINIONES QUE MANIFIESTEN EN LA GABILEX

La **Revista GABILEX** no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por los autores en los trabajos firmados que se reproducen en ella. Son los autores de los estudios los responsables únicos de las mismas.

Ejemplo visual del formato de presentación con indicación de la manera en que han de señalarse los distintos epígrafes de los que conste el trabajo

TÍTULO

TITLE

Autor

Cargo-Universidad. Profesión-Entidad (País)

Correo electrónico del autor¹ (no es obligatorio, figurará en la breve reseña curricular que se debe adjuntar)

Resumen: (De 12 a 25 líneas de Resumen del trabajo)

Palabras clave: (Cinco a diez palabras clave separadas por comas)

Abstract: (Abstract)

Key words: (Five to ten key words)

Sumario: I. PRIMER EPÍGRAFE.- 1. Segundo epígrafe.-
A) Tercer epígrafe.- a) Cuarto epígrafe

I. PRIMER NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

1. SEGUNDO NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de notal al pie, en su caso

A) Tercer nivel de epígrafe

Texto normal y texto de notal al pie, en su caso

a) *Cuarto nivel de epígrafe*

Texto normal y texto de notal al pie, en su caso